Der gesetzliche Eintritt

in die

Rechte des Gläubigers.

Ein Beitrag zur Erläuterung der Paragraphen 45—50. Theil I. Tit. 16. des Preuss. Allgem. Landrechts.

Von

Dr. F. Schollmeyer,
Privatdocenten an der Universität Halle.

Halle,
C. E. M. Pfeffer
1877.


SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE



GERMANY

Der gesetzliche Eintritt

in die

Rechte des Gläubigers.

Ein Beitrag zur Erläuterung der Paragraphen 45—50,
Theil I. Tit. 16. des Preuss. Allgem. Landrechts.

Von

Dr. F. Schollmeyer,
Privatdocenten an der Universität Halle.

Halle,
C. E. M. Pfeffer.
1877.

Inhalts-Uebersicht.

Litteratur:

Von Diepenbroick-Grüter in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Preussischen Rechts Bd. III, S. 1—9. Koch, Recht der Forderungen, Bd. II, S. 424 ff. Koch, Uebergang der Forderungsrechte S. 117 ff. und S. 151 ff. Gruchot, die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Rechte S. 29—48. Foerster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, Bd. I, S. 549—551 und S. 618, II. Auflage. von Roenne, Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten I, 16. §. 40—51.

Einleitung.

Der Ausdruck des preussischen Rechts: „Eintritt in die Rechte des Gläubigers" umfasst im Allgemeinen alle die Fälle, in denen die Rechte eines Gläubigers auf einen Andern übergehen. Der Uebergang einer Forderung beruht entweder auf Willenserklärung, oder auf Gesetz.

Im letzteren Falle, wobei der Wille des Gläubigers nicht in Betracht kommt, spricht man vom gesetzlichen Eintritt in die Rechte des Gläubigers im engeren Sinne.

Es gehören hierher folgende Fälle:

1. Der Eintritt des Bürgen in die Rechte des von ihm befriedigten Gläubigers.[1])
2. Der Eintritt der Erben eines Lehnbesitzers, der gewisse auf das Lehn bezügliche Schulden bezahlt hat, in die Rechte des Gläubigers gegen den verpflichteten Lehnsfolger.[2])

---

1) I. 14. §. 338 des A. L. Rts.

2) I. 18. §. 597 des A. L. Rts.

3) Der Eintritt jedes Dritten, welcher für einen Schuldner zahlt, in die Rechte des bezahlten Gläubigers [1]) gegen diesen.

Von diesen drei Fällen ist der unter No. 3 erwähnte der wichtigste und deshalb zum Gegenstand der nächstfolgenden Abhandlung bestimmt.

So einfach die darüber geltende gesetzliche Bestimmung zu sein scheint und auch den Redactoren des Landrechts selbst erschienen ist, so viele Schwierigkeiten bietet ihre Anwendung in der Praxis, und so bestritten ist ihre Bedeutung, wie eine Zusammenstellung der vorhandenen Meinungen sogleich ergeben wird.

Der §. 46. I. 16 des allgemeinen Landrechts lautet:

Ueberhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner auch ohne ausdrückliche Cession in die Rechte des bezahlten Gläubigers.

Die Praxis hat angenommen, [2]) dass diese Bestimmung auf den Eall zu beschränken sei, dass:

a. die Forderung des Gläubigers auf Zahlung einer Geldsumme, oder auf Gewährung von lettres au porteur gerichtet war und

b. der Gläubiger durch Baarzahlung oder Hingabe von lettres au porteur befriedigt worden ist.

Die Theoretiker sind dem beigetreten. [3]) Es herrscht also über diesen Punkt im Allgemeinen Uebereinstimmung.

Ueber die weiteren Voraussetzungen aber, unter welchen der §. 46 a. a. O. zur Anwendung kommen könne, weichen die Ansichten sehr von einander ab. Namentlich gilt dies in Bezug auf die bei der Zahlung nothwendige Willensmeinung des Zahlers, so dass sich über diesen Punkt überhaupt noch keine constante Praxis gebildet hat.

Nach der landrechtlichen Definition von Zahlung hat es nämlich den Anschein, als ob es für den Begriff der Zahlung lediglich auf den ökonomischen Erfolg ankomme,

---

1) I. 16. §. 46 des A. L. Rts.

2) Striethorst, Archiv für Rechtsfälle Bd. 12, S. 268, No. 60.

3) Foerster, Theorie und Praxis, Bd. I, R. 549 bei Anm. 30 und Gruchot, Zahlung der Geldschuld, S. 33, Anm. 6.

dass der Gläubiger das ihm Gebührende an Geld oder Inhaber-Papieren erhalte.[1]) Dass dies indessen nicht der Fall sei, zeigt ein Blick auf die preussische Condictionenlehre, namentlich auf die Lehre von der Rückforderung einer irrthümlich geleisteten Zahlung. Diese beruht ja eben darauf, dass die zur Vollendung des Zahlungsgeschäftes erforderliche Willensrichtung des Zahlers entweder überhaupt nicht, oder doch wenigstens nur unvollkommen, beeinflusst durch Irrthum, Zwang u. s. w. vorhanden war.

Diese Willensrichtung des Zahlers nun, durch welche ein gültiges Zahlungsgeschäft zu Stande gebracht wird, soll nach der allgemeinen Annahme eine zweifache sein können, entweder die bezahlte Forderung durch die Zahlung zu tilgen, oder dieselbe durch die Zahlung zu erwerben — animus solvendi oder animus emendi.[2]) —

Welchen animus aber der §. 46 a. a. O. bei dem Zahlenden voraussetze, darüber haben sich zwei Meinungen gebildet.

Nach der einen und verbreiteteren ist in §. 46 a. a. O. vorausgesetzt, dass die Zahlung animo emendi erfolgte,[3])

---

1) §. 28. I. 16 des A. L. Rts.: „Geschieht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners durch Geld oder geldgleiche, auf jeden Inhaber lautende Papiere, so wird solches eine Zahlung genannt.“ In einem römischen Kaisergesetze wird aus diesem Missverständniss sogar die condictio indebiti ausgeschlossen, wenn der Gläubiger das erhielt, was er zu fordern hatte. Const. 5. Cod. de hered. pet. III. 31. Imp. Antoninus: De hereditate, quam bona fide, possidebas, si contra te pronuntiatum est, in restitutione ejus detrahetur, quod creditoribus ejusdem hereditatis exsolvisse te bona fide probaveris; nam repeti a creditoribus qui suum receperunt, non potest. Eine einschränkende Interpretation bei Vangerow II, §. 508, S. 355.

2) Die Zahlung animo credendi §. 661 und 740 I, 11 des A. L. Rs. gehört nicht hierher, ist auch zweifelhaft wegen der Frage, ob nicht im heutigen Recht bei Realverträgen die Einzahlung schon solvendi causa geschieht.

3) Koch, Uebergang S. 117 und 118. Foerster, Theorie und Praxis, Bd. I, S. 618 und 549. Die Ausdrucksweise des letztgenannten Schriftstellers könnte zu Zweifeln Veranlassung geben. An der einen Stelle macht er den Eintritt des Zahlers davon abhängig, dass derselbe durch die Zahlung nicht die Befreiung des Schuldners beabsichtigt, an der andern schliesst er den Eintritt des Zahlers nur dann aus, wenn der Zahler in der Absicht zu schenken gezahlt hat. — Offenbar aber kann auch ohne die Absicht zu

nach der andern kann der Eintritt des dritten Zahlers auch bei einer animo solvendi erfolgten Zahlung stattfinden.[1])

Ein Fall der Zahlung animo emendi liegt offenbar dann vor, wenn der Zahler erklärt, er zahle in der Absicht, die Forderung zu erwerben, seine Leistung sei also als Valuta für die Forderung anzusehen. Umgekehrt ist eine Zahlung animo solvendi dann vorhanden, wenn der Zahler bei der Zahlung erklärt, er zahle in der Absicht, das ganze Schuldverhältniss aufzuheben. Zwischen diesen beiden Fällen liegen aber viele, bei denen die Absicht des Zahlers zweifelhaft ist. Hierher gehört z. B. der Fall, wenn sich der Dritte bei der Zahlung ohne jegliche Erklärung seinerseits Quittung ertheilen lässt, ferner wenn der Dritte ein mit Hypotheken belastetes Grundstück erworben hat, ohne Uebernahme der Hypotheken in partem pretii, und darauf dieselben bezahlt; u. a. m.

Ferner weichen auch die Stimmen innerhalb der ersteren, den animus emendi fordernden Richtung darüber sehr von einander ab, wann angenommen werden müsse, der Zahler habe durch die Zahlung nicht die Forderung erwerben, sondern den Schuldner befreien wollen.

Nach Koch's Ansicht existirt im preussischen Recht die Vermuthung, dass der Zahlende nicht den Schuldner habe liberiren, sondern die Rechte des Gläubigers erwerben wollen. Er trete daher in der Regel, d. h. wenn

---

schenken vom Dritten die Befreiung des Schuldners und die Tilgung der Obligation beabsichtigt sein, wenn er nämlich vertragsmässig oder sonst wie, hierzu verpflichtet ist, ganz abgesehen davon, dass die Absicht, durch Zahlung zu schenken, nur einen Specialfall der Absicht zu zahlen, bildet.

Unentschieden ferner Gruchot, Zahlung S. 39 ff. Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 78, S. 34.

1) Für die Anwendung des §. 46 a. a. O. auch dann, wenn die Zahlung animo solvendi erfolgte: von Diepenbroick-Grüter a. a. O. S. 5 und das Erkenntniss des Obertribunals vom 13. März 1865 (Striethorst, Bd. 57, S. 255): der §. 46, I, 16 des A. L. Rts. behandelt nur den Fall, wenn dem Dritten Zahlenden keine Verpflichtung zur Zahlung oblag, er vielmehr ohne solche Verpflichtung, sei es im Auftrage oder ohne Auftrag des Schuldners den Gläubiger durch Zahlung befriedigt."

nicht durch Erklärung oder sonst aus den Umständen die Absicht, die Schuld zu tilgen, klar sei, auch ohne ausdrückliche Cession gegen den Schuldner in die Rechte des Gläubigers.[1])

Vermisst man schon hierbei die genügende Bestimmtheit, so ist dies in noch höherem Mass der Fall bei dem Erkenntniss des III. Senates des Obertribunals vom 21. Februar 1870. Nach diesem setzt der §. 46 a. a. O. für den Erwerb der Forderung des befriedigten Gläubigers durch den Zahlenden die auf diesen Erwerb gerichtete Absicht des letzteren ebenfalls vóraus. Diese Absicht werde, wie dies der §. 46 a. a. O. zu erkennen gebe, als Regel präsumirt, ohne jedoch den Gegenbeweis auszuschliessen. Andererseits aber werde die Anwendbarkeit des §. 46 ff. a. a. O. in Frage gestellt, wenn rechtliche und thatsächliche Momente mit der Vermuthung desselben nicht vereinbar erschienen. Für die Beurtheilung dieser Momente sei namentlich ein zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner bestehendes Rechtsverhältniss, auf welches die Zahlung bezogen werden könne, vorzüglich bedeutend.[2])

Endlich lässt der IV. Senat des Obertribunals in Bezug auf die Hypothekenforderung die Vermuthung des animus emendi dann bei Seite, und erkärt den Eintritt des Zahlenden in die Rechte des bezahlten Gläubigers nach §. 46 a. a. O. für ausgeschlossen, wenn eine vertragsmässige Verpflichtung des Dritten bestand, den Schuldner zu liberiren und die Schuld im Grundbuche löschen zu lassen.[3])

Dies sind die hauptsächlichsten Ansichten über den §. 46 a. a. O.

Die hiernach überwiegende Meinung, dass dieser Paragraph dann zur Anwendung gelange, wenn ein Dritter

1) Koch, Uebergang S. 117 und 118.

2) Striethorst, Archiv, Bd. 78, S. 34.

cfr. auch das Erkenntniss des Obertribunals vom 24. Februar 1871 (Striethorst, Archiv, Bd. 81, S. 177).

3) Erkenntniss vom 17. December 1870, abgedruckt in Striethorst, Archiv, Bd. 87, S. 271.

animo emendi zahlte, und dass hierfür die Vermuthung streite, dass er dagegen ausgeschlossen sei, wenn die Zahlung animo solvendi erfolgte, scheint nun zwar der Regel: „nolenti non acquiritur“ gemäss zu sein. Indessen regt sich gegen dieselbe sofort mehr als ein Bedenken.

Zunächst vermisst man die Sicherheit der Anwendung in der Praxis. Denn die letztere durchbricht das allgemeine Princip, dass es auf den animus des Zahlenden, die Forderung zu erwerben, ankomme, und dass für diesen die Vermuthung spreche, durch so viele Ausnahmen, dass dasselbe schliesslich selbst als Ausnahme, die Ausnahmen aber als die Regel erscheinen.

Eine Folge des Princips würde es zunächst sein, dass der Zahler die Forderung jedenfalls dann erwirbt, wenn er bei der Zahlung ausdrücklich seine Absicht, die Forderung zu erwerben, erklärte, denn dann ist die Vermuthung zur Gewissheit geworden. Zu diesem Resultate muss auch die Ansicht von Koch und die in dem angeführten Erkenntniss des Obertribunals vom 24. Februar 1871 [1]) ausgesprochene führen. Gleichwohl wird diese Consequenz nicht gezogen, es wird vielmehr neben das Princip der Willensvermuthung des Zahlers noch ein anderes gesetzt, wonach der Erwerb trotz des animus emendi rechtlich unmöglich sein soll, wenn ein Verhältniss zwischen dem Zahler und dem Schuldner existirte, durch welches sich der Erstere zur Befreiung des Letzteren verpflichtet hatte. Dadurch wird aber nicht allein das vorher aufgestellte Princip wieder aufgehoben, sondern sogar anomaler Weise einem obligatorischen Verhältnisse zwischen dem Zahler und dem Schuldner Wirksamkeit Dritten gegenüber beigelegt. Ein obligatorisches Verhältniss, durch welches Jemand gebunden ist, die Zahlung animo solvendi zu leisten, den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien, kann gar nicht so wirken, dass es dem Verpflichteten darum unmöglich wäre, die Forderung für sich zu erwerben. So gut, wie Jemand, der einen Kaufvertrag abschloss, und also verpflichtet ist, die verkaufte

1) Striethorst Bd. 81, S. 177.

Sache dem Käufer zur Disposition zu halten, dieselbe Sache einem Andern verkaufen und zu Eigenthum übergeben kann, ebenso gut muss auch Jemand, der sich zur Tilgung einer Obligation verpflichtete, seiner Verpflichtung zuwider die Forderung erwerben können. Dies ist ja unzweifelhaft, wenn er ausdrücklich einen Cessionsvertrag mit dem Gläubiger abschloss und sich die Forderung abtreten liess. Nun soll es nach §. 46 a. a. O. eines ausdrücklichen Abtretungsvertrages nicht bedürfen, vielmehr nach der herrschenden Meinung die in der Absicht, die Forderung zu erwerben, geleistete Zahlung schon dieselbe Wirkung haben. Folglich muss diese Wirkung auch dann eintreten, wenn zwischen dem Zahler und einem Schuldner ein persönliches Verhältniss bestand, in Folge dessen der Zahler zur Zahlung animo solvendi verpflichtet war.

Weiter aber fragt sich bei jener vom Obertribunal aufgestellten Ausnahme von der Regel des §. 46 a. a. O., welcher Art eine solche Verpflichtung sein müsste, um den §. 46 a. a. O. auszuschliessen? Genügt dazu jede vertragsmässige Verpflichtung des Zahlers oder wird vorausgesetzt, dass dieselbe besonders beschaffen sei?

In dem schon citirten [1]) Obertribunals-Erkenntniss vom 17. December 1870 ist folgender Satz ausgesprochen:

„Bei Bezahlung einer Hypothekenschuld durch einen „Dritten bleibt der Eintritt des Zahlenden in die Rechte des „bezahlten Gläubigers ausgeschlossen, wenn eine vertrags„mässige Verpflichtung des Dritten, den Schuldner zu liberi„ren und die Schuld im Hypothekenbuche löschen zu lassen, „bestand.“ Bezüglich der persönlichen Forderung ist der Satz jedenfalls zu allgemein, sonst müsste auch derjenige, welcher nur einen Zahlungsauftrag des Schuldners annahm, ohne die zur Zahlung der Schuld nöthige Summe vom Schuldner erhalten zu haben, der im §. 46 a. a. O. normirten Rechte entbehren. Denn wenn er diesen Auftrag annahm, so hat er auch die Verpflichtung, ihn zu erfüllen, und es müsste also auch der Eintritt in die Rechte des Gläubigers jedem

1) Siehe Seite 5 Anm. 3.

auch nur persönliche Schulden des Mandanten zahlenden Mandatar versagt sein!

Im Widerspruch damit wird in dem Erkenntniss vom 13. März 1865[1]) der Satz aufgestellt:

Der §. 46 I. 16 des A. L. Rts. behandelt nur den Fall, wenn dem dritten Zahlenden keine Verpflichtung zur Zahlung oblag, er vielmehr ohne eine solche Verpflichtung, sei es im Auftrage, oder ohne Auftrag des Schuldners den Gläubiger befriedigt.

Wenn aber der im Auftrag des Schuldners Zahlende den §. 46 für sich geltend machen kann, so kann dessen Anwendung doch durch Vorhandensein einer Verpflichtung zur Zahlung nicht ausgeschlossen werden!

Aus dem Gesagten ergiebt sich zur Genüge, dass eine Erörterung der Lehre vom Eintritt in die Rechte des Gläubigers durch Zahlung eines Dritten gemäss §. 46 ff. I. 16 des A. L. Rts. kein überflüssiges Beginnen ist. Diese Erörterung, welche hier versucht werden soll, hat sich naturgemäss zunächst mit den Voraussetzungen für den Eintritt in die Rechte des Gläubigers zu beschäftigen, und hierbei davon auszugehen, wann überhaupt ein Dritter anstatt des Schuldners zahlen könne.

I. Abschnitt.

Die Voraussetzungen für den Eintritt des dritten Zahlers in die Rechte des Gläubigers.

§. 1.

1. Zulässigkeit der Zahlung von Seiten eines Andern als des Schuldners.

Es liegt auf der Hand, dass hier nur die Zahlung als Rechtsgeschäft in Frage kommen kann. Denn die Zahlung im Sinne von „Aufzählen" (numeratio) ist überhaupt nur ein factischer Vorgang, ob derselbe durch den Schuldner oder durch einen Dritten vollzogen wird, ist juristisch unerheblich. Juristische Bedeutung erlangt die Zahlung durch

1) Striethorst, Bd. 57. S. 255.

einen Dritten erst, wenn sie zur Zahlung im Rechtssinne wird, wenn also der Dritte das Rechtsgeschäft der Zahlung (solutio) als Contrahent, aber in fremdem Namen vornimmt. Hier ist der Dritte nicht mehr Bote, sondern Stellvertreter. Folglich wirkt seine Handlung auch in derselben Weise, als wäre sie von dem Schuldner selbst vorgenommen, auf die Obligation ein; sie tilgt dieselbe und befreit den Schuldner von seiner Verbindlichkeit.[1])

Zulässig ist nun die Zahlung durch einen Dritten jedenfalls dann, wenn sie der Gläubiger annehmen will, gleichviel, ob der Schuldner davon Kenntniss hat, oder nicht. In solchem Falle kann selbst der Widerspruch des Schuldners die Zahlung des Dritten nicht abwehren. Der Schuldner wird durch die Zahlung des letzteren befreit, und seine spätere Zahlung an den Gläubiger hat gar keinen die Obligation betreffenden rechtlichen Effect, giebt auch namentlich dem dritten Zahler kein Recht, das Gezahlte vom Gläubiger zurückzufordern.[2])

Andererseits ist aber auch gegen den Willen des Gläubigers unter Umständen die Zahlung von einem Dritten zulässig. Dies ist unzweifelhaft, wenn der Dritte im Auftrage des Schuldners zahlt. Wie aber, wenn seine Zahlung ohne Auftrag erfolgt? Im gemeinen Recht gilt der dem natürlichen Rechtsgefühl durchaus entsprechende Satz, dass der Gläubiger in allen Fällen, in welchen es nicht auf die Person des Schuldners

---

1) §. 43. I. 16 des A. L. Rts.

2) In dem Erkenntnisse des Obertribunals vom 2. Septbr. 1851 (Strietborst Archiv Bd. II. S. 342) ist der Satz ausgesprochen: Wer für einen Andern an dessen Gläubiger ohne Auftrag Zahlung leistet, kann das Gezahlte von dem befriedigten Gläubiger zurückfordern, wenn dieser hiernächst von seinem früheren Schuldner nochmals Zahlung erhält — Koch tritt diesem Satze in seinem Commentar zum Allgemeinen Landrecht Thl. I. Tit. 13. §. 230. Anm. 3a bei, indem er sagt: weil die anfänglich vorhandene causa später weggefallen sei, sei eine condictio sine causa für den Zahler begründet. Dies ist unrichtig, denn die condictio sine causa setzt voraus, dass zur Zeit der Zahlung keine causa vorlag. Dies war nicht der Fall, denn der Gläubiger erhielt von dem Zahler nur, was ihm gebührte, die Schuld wurde dadurch getilgt und der Schuldner zahlte nunmehr ohne Grund, er ist es also auch, der die condictio sine causa hat, l. 29. §. 3. D. mand 17. 1. Vergl. auch Gruchot, Zahlung S. 41 und 42.

ankommt, die von einem Andern angebotene Erfüllung nicht zurückweisen darf.[1]) Denn es wäre ja eine offenbare Chikane des Gläubigers, eine Leistung zurückzuweisen, welche ihm Alles gewährt, was er durch die Leistung des Schuldners haben würde.

Auch das Allgemeine Preussische Landrecht stellt in §. 49, I. 16. die Rechtsregel auf, dass jeder Dritte die Schuld eines Andern bezahlen könne.

Zahlung soll nach der Definition des Landrechts (§. 28 I. 16) nur diejenige Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners sein, welche durch Geld, oder geldgleiche Inhaberpapiere geschieht. Folglich lässt der §. 49 a. a. O. nicht wie das gem. R. bei allen Arten von Schulden, sondern nur bei den auf Geld oder Inhaberpapiere gerichteten die Erfüllung durch einen Dritten zu. Freilich möchte man meinen, der §. 49 a. a. O. verhalte sich nur über die Tilgungsmittel und treffe über die Art der zu tilgenden Forderung überhaupt keine Bestimmung. Denn daraus, dass die Verbindlichkeit des Schuldners durch Geld oder geldgleiche auf jeden Inhaber lautende Papiere erfüllt werde, folge noch keineswegs, dass auch die Forderung des Gläubigers auf solche Gegenstände gerichtet gewesen sei. Und in der That kann sehr wohl etwas Anderes für den Schuldner in obligatione, Geld oder geldgleiche Inhaberpapiere aber in solutione gewesen sein. Dennoch würde man sehr irren, wenn man hieraus den Schluss ziehen wollte, dass der §. 49 a. a. O. nur über die Tilgungsmittel der Forderung, nicht aber über diese selbst disponire. Das Gegentheil ergibt sich aus §. 29 I. 16. des A. L. Rts., in welchem als Gläubiger derjenige bezeichnet wird, welcher eine Zahlung für seine eigene Rechnung zu fordern befugt ist. Dieser Paragraph in Verbindung mit dem vorhergehenden enthält die Merkmale der Geldschuld und eröffnet den Abschnitt von der Zahlung. Deshalb ist anzunehmen, dass auch in §. 49 a. a. O. wie überhaupt in sämmtlichen bei dieser Abhandlung in Betracht kommenden §§. 45—50 nur

1) l. 72. §. 2. D. h. t.

an eine solche Zahlung gedacht ist, welche den Vorschriften der §§. 28 u. 29 I. 16 des A. L. Rts. entspricht.

Allerdings kommt auch im preussischen Recht das Wort „Zahlen" in der allgemeinen Bedeutung der Leistung Alles dessen, was man schuldig ist, vor. §. 113 der Preuss. Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und art. 314 des Allgem. Deutschen Handels-Gesetz-Buchs, wo von Einstellung der Zahlungen die Rede ist, und worunter offenbar das Nichterfüllen der Verbindlichkeiten, mögen dieselben in Leistung von Geld, Sachen oder Handlungen bestehen, verstanden werden muss. Indessen zwingt doch der Umstand, dass die §§. 28 u. 29 I. 16 den Abschnitt von der Zahlung eröffnen, zu der Annahme, dass auch in den folgenden Paragraphen das Wort Zahlung in dem Sinne der §§. 28 u. 29 I. 16 A. L. Rts. gebraucht ist. — Dennoch muss die Uebereinstimmung des gemeinen und preussischen Rechts in diesem Punkte behauptet werden. Denn die Gleichheit des im Text angegebenen Grundes, welchen auch Suarez in der revisio monitorum zum gedruckten Entwurf besonders hervorhebt — vergl. Ges. Rev. Pens. XIV. Entwurf des A. L. Rts. Thl. I. Tit. 14 u. 16. Motive S. 81 — spricht für analoge Anwendung des §. 49 I. 16 bei der Berichtigung aller Schuldverbindlichkeiten, bei denen es nicht auf die Person des Schuldners ankommt, also namentlich, wo die Leistung in vertretbaren Gegenständen besteht.[1])

Indessen müssen doch, wenn der Gläubiger verpflichtet sein soll, die Zahlung des Dritten anzunehmen, dabei folgende besondere Voraussetzungen erfüllt sein:

a) Der Gläubiger müsste verbunden sein, auch von dem Schuldner selbst Zahlung anzunehmen.[2])

Deshalb kann der Dritte keine Theilzahlungen wider den Willen des Gläubigers leisten. Ferner liegt es ihm ob,

---

1) Förster, Theorie und Praxis Bd. I, S. 461 oben. Ueber die Bedeutung des Wortes „Zahlung" siehe Voigtel in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen, Bd. I, S. 450 und Gruchot, Zahlung, S. 6 ff.

2) §. 49. I. 16 des A. L. Rts.

alle Vorschriften zu beobachten, welche gesetzlich oder vertragsmässig über Zeit und Ort der Erfüllung vorhanden sind.[1]) Demnach sollte man meinen, der Dritte könne auch die Fälligkeit der von ihm zu bezahlenden Forderung z. B. durch Kündigung herbeiführen. Gleichwohl stehe ich nicht an, diese Frage grundsätzlich zu verneinen. Denn wollte man sie bejahen, so würde man damit zu Widersinnigkeiten gelangen. Die Kündigung eines Dritten verpflichtet denselben noch keineswegs zur Zahlung und umgekehrt kann auch der Schuldner durch die Kündigung des Dritten nicht zur Zahlung verpflichtet werden. Falls also der Dritte an dem durch seine Kündigung herbeigeführten Zahlungstage Zahlung verweigerte, würde der Gläubiger weder gegen den Dritten noch auch gegen den Schuldner auf Zahlung klagen können, der Schuldner müsste denn den Auftrag zur Kündigung gegeben, beziehentlich die ohne seinen Willen erfolgte Kündigung ratihabirt haben. Wollte sich aber der Dritte zugleich zur Zahlung an den Gläubiger verpflichten, so würde man aufhören müssen, von Zahlung eines Dritten zu reden; es würde vielmehr, je nachdem die Voraussetzungen dafür vorhanden, Expromissio oder Bürgschaft vorliegen. Die Kündigung Seitens des Dritten braucht sich also der Gläubiger nicht gefallen zu lassen. Ebensowenig aber braucht er die Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld von dem Dritten zu acceptiren. Denn er kann dieselbe auch dem Schuldner gegenüber ablehnen.

Hievon gibt es aber Ausnahmen. Das Allgemeine Landrecht hat die Bestimmung, dass in den Fällen, in denen die Zeit der Erfüllung einer Obligation lediglich von der Bestimmung des Verpflichteten abhängt, die Anstellung einer Klage darauf erst nach dem Tode des Verpflichteten statt haben soll.[2]) Hier ist also der späteste Fälligkeitstermin für den Gläubiger der Todestag des Schuldners. Andererseits ist der Verpflichtete hier jeder Zeit befugt, Zahlung zu leisten; deshalb kann der Gläubiger dieselbe auch dem

1) §. 230—251. I. 5. des A. L. Rts.
2) §. 233. 237 u. 238. I. 5. des A. L Rts.

Dritten gegenüber zu keiner Zeit ablehnen, vorausgesetzt nur, dass sofortige Zahlung erfolgt, und nicht lediglich die Kündigung einseitig in die Willkür des Schuldners gestellt war.[1])

b) Der zahlende Dritte muss dispositionsfähig sein.

Allerdings bestimmt das Landrecht für den Fall, wo der Schuldner selbst unfähig ist, dass jede, auch von einem solchen geleistete Zahlung zum Vortheile desselben insoweit gültig ist, als er sich dadurch von einer Verbindlichkeit befreit hat.[2]) Indessen wird durch die Worte „zum Vortheile desselben" ausgedrückt, dass, insofern dieses Merkmal nicht zutrifft, die Zahlung von dem Unfähigen oder seinem Vertreter zurückgefordert werden kann. Deshalb kann ein Gläubiger nicht verbunden sein, von einem unfähigen Schuldner Zahlung anzunehmen. Noch viel weniger aber darf er genöthigt werden, von einem dispositionsunfähigen Dritten Zahlung anzunehmen. Deshalb wird man auch dem Gläubiger das Recht, die Annahme der angebotenen Zahlung abzulehnen, in solchen Fällen nicht versagen können, wo Zweifel vorhanden sind, ob der Zahler über das Geld verfügen kann.

c. Der Schuldner muss nicht der Zahlung Seitens des Dritten widersprochen haben.[3])

Widerspricht der Schuldner, so kann auch der Gläubiger die Annahme der Zahlung des Dritten ablehnen. Seine Sache ist es aber, wenn er die Zahlung des Dritten zurückweisen will, den Widerspruch des Schuldners zu beweisen. Es würde durchaus gegen den Wortlaut des §. 51. I. 16 des A. L. Rts. sein, wenn man dem Dritten die Beweislast für die Einwilligung des Schuldners aufbürden wollte.[4])

---

1) Der Dritte kann natürlich den Ersatz seines Aufwandes von den Erben des Schuldners auch erst mit dessen Todestage fordern

2) §. 41. I. 16 des A. L. Rts.

3) §. 51. I. 16 des A. L. Rts. Hierin liegt eine Abweichung vom römischen Recht, nach welchem bekanntlich der Widerspruch des Schuldners den Gläubiger nicht berechtigt, den dritten Zahler zurückzuweisen. l. 39. D. de neg. gest. III. 5: solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum. — Windscheid, Pand. §. 342. No. 5 (III. Aufl.) u. l. 72. §. 2. D. 46. 3.

4) §. 51. I. 16 des A. L. Rts. lautet: Wenn aber Beide, der Gläubiger

Der Gläubiger muss also unter den obigen drei Voraussetzungen die von einem Dritten angebotene Zahlung acceptiren. Ein Recht, von dem Dritten die Angabe zu verlangen, ob er als Mandatar des Schuldners oder als negotiorum gestor zahle, steht dem Gläubiger nur insofern zu, als er sich von der Dispositonsfähigkeit des Dritten überzeugen darf. Darüber hinaus hat er kein Prüfungsrecht. Denn er erhält von dem Dritten, was er zu fordern hat, und die Eigenschaft des Letzteren als Mandatar oder negotiorum gestor ist für die Wirkung der Zahlung durchaus einflusslos. Dabei soll ein mögliches Interesse des Gläubigers an der Kenntniss von dem Verhältnisse des Zahlers zum Schuldner gar nicht in Abrede gestellt werden. Diese Kenntniss wird dem Gläubiger namentlich für die Beurtheilung der Frage, ob in der Zahlung des Dritten ein Anerkenntniss des Schuldners zu erblicken, oder nicht, von Bedeutung sein, ihr Mangel berechtigt aber keineswegs dazu, den dritten Zahler zurückzuweisen. Denn der Gläubiger soll nach §. 49 a. a. O. verpflichtet sein, die Zahlung eines Dritten, welcher statt des Schuldners zahlen will, anzunehmen. Anstatt des Schuldners zahlt der Dritte aber sowohl als Mandatar, wie auch als negotiorum gestor.[1]) Die Zahlung unterscheidet sich eben dadurch von andern Rechtsgeschäften, dass es bei ihr, um die direkte Wirkung für den Schuldner hervorzubringen, einer besonderen Erklärung, man zahle für den Schuldner und anstatt seiner, nicht bedarf, weil sie nur als eine im Namen des Schuldners vorgenommene Sinn hat.

Weigert der Gläubiger dennoch die Annahme, so erscheint der Dritte zur gerichtlichen Niederlegung der Summe auf Kosten und Gefahr des Gläubigers berechtigt.[2])

Bei allen diesen Sätzen ist der Begriff des Dritten dahin zu fassen, dass derselbe eine noch nicht in der zu tilgenden Obligation befangene Person sein müsse, einerlei, ob ihre Zahlung mit oder ohne Auftrag des Schuldners er-

und der Schuldner, der von einem Dritten angebotenen Zahlung widersprechen, so kann dieselbe dem ersteren nicht aufgedrängt werden.

1) Vergl. dagegen: Gruchot, Zahlung, S 21.

2) Gruchot, Zahlung S. 26.

folgte. Denn dass unter dem dritten Zahler nicht Personen, welche eine ähnliche Stellung inne haben, wie z. B. der Bürge, verstanden werden können, ist leicht ersichtlich. Obwohl nämlich der Bürge materiell eine fremde Schuld berichtigt, und insofern also als Dritter erscheint, so ist die Schuld dadurch, dass er sich für dieselbe verbürgte, doch seine eigene geworden, und eine besondere Bestimmung, nach welcher der Gläubiger sich die Zahlung des Bürgen soll gefallen lassen müssen, würde geradezu unbegreiflich sein.

Zahlt Jemand im Auftrage einer andern Person als des Schuldners, so kommt es darauf an, ob der Zahlende seinen Auftraggeber nennt oder nicht, ob er also als offener oder stiller Stellvertreter des Andern handelt. In dem ersteren Falle ist der Mandant des Zahlers Dritter, in dem letzteren der Zahler selbst, welcher das von ihm erworbene Forderungsrecht noch an seinen Mandanten abtreten muss.

§. 2.

2. Absicht des Zahlers.

Die gewöhnliche Annahme, dass der Zahler, um die Forderung des bezahlten Gläubigers zu erwerben, animo emendi gezahlt haben müsse, erscheint insofern durchaus natürlich, als die Zahlung animo solvendi die ganze Obligation aufheben muss und von einem Eintritt in eine aufgehobene Obligation gar keine Rede sein kann. Gleichwohl soll hier der Nachweis versucht werden, dass das Allgemeine Preussische Landrecht bei der Zahlung des §. 46 einen animus emendi keineswegs erfordert, ja überhaupt zum Begriffe der Zahlung einer Schuld den animus solvendi voraussetzt.

Das Allgemeine Preussische Landrecht erwähnt in seiner Definition der Zahlung weder die Absicht, die Forderung zu tilgen, noch die Absicht, dieselbe zu erwerben.[1]) Ferner constatirt das Allgemeine Landrecht zwei scheinbar entgegengesetzte Wirkungen der Zahlung, in §. 43, I, 16

1) §. 28. 29, I, 16 des A. L. Rs.

die Tilgung der Forderung, in §. 46 a. a. O. die Uebertragung derselben auf den Zahler. Aus diesen entgegengesetzten Wirkungen hat man nun rückwärts auch auf zwei entgegengesetzte Ursachen geschlossen und angenommen, dass der §. 43, I, 16 die Zahlung animo solvendi, der §. 46 a. a. O. dagegen die Zahlung animo emendi voraussetzte.

Indessen auch im römischen und gemeinen Rechte finden wir, dass die Zahlung animo solvendi im Allgemeinen zwar die Forderung tilgt, in gewissen Fällen aber dieselbe, wenngleich nicht von selbst auf den Zahler überträgt, so doch einen Anspruch auf Cession gibt (namentlich wenn der Bürge die Bürgschaftsschuld zahlt); und dennoch kennt das römische resp. gemeine Recht ein besonderes Institut der Zahlung animo emendi nicht.

Dort unterscheidet man nur die Zahlung animo solvendi und animo credendi. Die erstere ist dann vorhanden, wenn Jemand zahlt in der Absicht, das Schuldverhältniss zum Erlöschen zu bringen, die letztere, wenn er zahlt in der Absicht, durch die Zahlung erst ein Schuldverhältniss zu begründen. Das Feld der Anwendung der letzteren bildet hauptsächlich der Darlehnsvertrag.

Dagegen ist eine Zahlung animo emendi nach gemeinem Recht grundsätzlich ausgeschlossen. Ja, es wird ihr im Gegentheil alle Wirkung abgesprochen. Sie tilgt weder die Forderung, noch überträgt sie dieselbe auf den Zahlenden, sie gibt demselben auch kein Recht, Abtretung zu verlangen,[1]) sie hat überhaupt gar keinen rechtlichen Einfluss auf die Schuld, vielmehr kann der Zahler das Gezahlte wieder zurückfordern. Wenn Jemand zahlte mit der ausgesprochenen Absicht, die Forderung zu erwerben, so konnte er nur dann auf Abtretung klagen, wenn aus den Umständen sich ergab, dass eine Willenseinigung zwischen dem Zahler und dem Gläubiger, welche sich auf Uebertragung und Erwerbung der Forderung richtete — eine causa ces-

---

1) l. 5. C. de sol. et lib. VIII, 43: nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest eo, quod ei debitam quantitatem offerens, ius obligationis in te transferri desideras.

sionis — zu Stande gekommen war. Nur in einzelnen wenigen gesetzlich bestimmten Fällen, welche von Vangerow[1]) nach dem Vorgange von Mühlenbruch unter der allgemeinen Regel zusammenfasst: „dass derjenige, welcher nach der Strenge des Rechts eine Schuld bezahlen musste, die gar nicht oder nur zum Theil als die seinige zu betrachten war, die Klageabtretung von dem Gläubiger verlangen könne," obwohl doch nach allgemeinen Grundsätzen die Forderung getilgt sein müsste, wurde zur Erklärung dieser Ausnahmen geltend gemacht: „pretium magis mandataram actionum solutum, quam actio, quae fuit, peremta videtur" und daher stammt denn auch der sogenannte animus emendi.[2])

Dass dieser Ausdruck nur uneigentlich gebraucht wurde, ergibt sich schon daraus, dass in den sämmtlichen bei von Vangerow zusammengestellten Fällen der Zahler bereits in der Obligation befangen ist und die Zahlung leistet, um sich zu befreien.[3]) Er zahlt animo solvendi, seine Zahlung ist Zahlung im eigentlichen Sinne des Worts, aber sie wird vermöge positiver Bestimmung als Leistung eines Kaufpreises angesehen, um die Forderung trotz der Zahlung aufrecht zu erhalten und damit dem Zahler eine Ersatzklage zu verschaffen.[4]) Vermöge positiver Bestimmung: — denn der einseitige Wille des zur Zahlung Verpflichteten kann,

1) von Vangerow, Pandecten, Bd. III, §. 574, Anm. 4. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte S. 412 ff.

2) l. 76 D. de solut. 46, 3 und l. 36 D. de fidei. 46, 1: Non enim in solutum accipit, sed quodam modo nomen debitoris vendidit.

3) Vergl. l. 46 D. locati 19, 2. l. 19 D. qui potiores in pign. 20, 4. l. 1, §. 13 D. de tut. et rat. distr. 27, 3. l. 41, §. 1 D. de fidei. 46, 1. l. 95, §. 10 D. de solut. 46, 3.

4) Diese Auffassung ist auch für die Erklärung der Eigenthümerhypothek in dem Gutachten vom 22. Januar 1824 (abgedruckt in von Kamptz Jahrbüchern, Bd. 50, S. 177 ff.) herangezogen. Auch das Obertribunal verwerthet sie für die Construction der Eigenthümerhypothek und leitet aus ihr in Verbindung mit der Grundbuchverfassung die Fortexistenz der persönlichen Forderung her, wenn der Grundstückseigenthümer, welcher zugleich persönlicher Schuldner war, eine auf seinem Grundstück eingetragene Hypothek durch seine Zahlung erwirbt.

selbst wenn er bei der Zahlung erklärt wurde, die Zahlung nicht zum Kaufpreise umwandeln.

Dies ist von den Schriftstellern des gemeinen Rechts nie verkannt worden.[1]) Nach gemeinem Rechte wird also durch den animus emendi keine besondere Art der Zahlung gebildet und da die Entstehungsgeschichte des Allgemeinen Landrechts nicht ergibt, dass die Redactoren eine solche hätten schaffen wollen, so ist es durchaus willkürlich anzunehmen, dass mit dem §. 46 a. a. O. ein neues Rechtsinstitut ins preussische Recht eingeführt sei. Dem könnte man zwar entgegensetzen, dass es doch absolut unjuristisch sei, wenn die Absicht des Erwerbenden gar nicht auf den Erwerb der Forderung gerichtet war, gleichwohl denselben zuzulassen; doch trifft dies um deswillen nicht zu, weil der Grundsatz: „nolenti non acquiritur“ nur äusserlich verletzt wird. Denn in Wahrheit will derjenige, welcher für einen Andern Zahlung leistet, zwar nicht die von ihm getilgte Forderung, wohl aber alle Mittel zur Geltendmachung seines Ersatzanspruchs erwerben.

Die entgegengesetzte auf den animus emendi des Zahlers gegründete Ansicht lässt auch die Stellung des §. 46 a. a. O. im System des preussischen Landrechts, welche doch jedenfalls als wichtiges Mittel für die Auslegung der Gesetzesbestimmung in Betracht gezogen werden muss, ausser Acht. Der §. 46 a. a. O. steht gerade in dem Abschnitte von der Zahlung, einer der Erfüllungsarten, durch welche Verbindlichkeiten aufgehoben werden.[2]) Ferner ist im §. 43 a. a. O. gesagt, dass auch ein Anderer als der Schuld-

---

1) Girtanner: Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht S. 536 ff. Hasenbalg: Die Bürgschaft des gemeinen Rechts S. 415 ff. Siehe auch Gruchot, Zahlung S. 29 und 30, welcher noch besonders hervorhebt, dass die römischen Stellen Fälle betreffen, in denen ein bei der Obligation betheiligter Dritter, um sich zu liberiren, Zahlung leistet —

Vergleiche auch noch Zaun im Archiv für praktische Rechtswissenschaft: „zur Lehre von der sogenannten fingirten Cession“ 1864 S. 138: „so gewinnt die Vermuthung Raum, dass die Fiction, auf welcher die Gewährung der utilis actio ruhte, geradezu auf einen Forderungskauf . . . . gerichtet war.“

2) §. 10 und §. 26, I, 16 des A. L. Rts.

ner gültig Zahlung leisten könne und in §. 45 a. a. O., dass der Zahlende gegen den Schuldner entweder die Klage aus dem Vollmachtsauftrag, oder die aus der Geschäftsführung ohne Auftrag haben solle, wobei doch offenbar Voraussetzung ist, dass die Zahlung animo solvendi erfolgte. Hieran ist der §. 46 a. a. O. mit dem Worte „überhaupt“ angeknüpft, d. h. das Princip der §§. 43 und 45 verallgemeinert. Alles das zwingt zu der Annahme, dass auch in §. 46 Zahlung in demselben Sinn wie in den voraufgehenden verstanden werden muss. Das Gegentheil, der Gebrauch des Wortes „Zahlung“ mit dem Nebenbegriff animo emendi würde doch wenigstens voraussetzen, dass auch noch an andern Stellen des Allgemeinen Landrechts von einer Zahlung animo emendi, d. h. von einer Hingabe des Geldes mit der Absicht und der Wirkung des Uebergangs der Forderung durch die Hingabe, die Rede wäre.

Dafür, dass die in §. 46 a. a. O. vorausgesetzte Zahlung in der Absicht, die Schuld zu tilgen, erfolgen darf, spricht ferner folgendes:

In dem bereits mehrfach erwähnten §. 49, I, 16 ist die Verpflichtung des Gläubigers ausgesprochen, von einem Dritten, „welcher statt des Schuldners zahlen will,“ unter den oben im §. 1 erörterten Voraussetzungen Zahlung anzunehmen. „Statt des Schuldners“ zahlen, heisst aber „an seiner Stelle“ zahlen, als Vertreter bei der Zahlung fungiren, die Wirkung beabsichtigen und erzielen, als ob der Schuldner selbst gezahlt hätte. Nur unter dieser Voraussetzung ist der Gläubiger verpflichtet, die Zahlung des Dritten anzunehmen. Es müsste also, wenn man in §. 46 a. a. O. einen animus emendi voraussetzen wollte, für die Bedeutung des §. 46 mindestens die Folgerung hieraus gezogen werden, dass derselbe sich nur auf den Fall beziehe, wenn der Gläubiger freiwillig die vom Dritten (animo emendi) geleistete Zahlung annimmt. Dann würde aber der §. 46 a. a. O. nur die Bedeutung haben, dass es keiner ausdrücklichen Abtretung der Forderung bedürfen solle, wenn der Gläubiger und der Dritte über den Erwerb der Forderung durch den Dritten einig seien. Diese Ansicht

würde aber mit den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts über die Form der Verträge in Conflict gerathen und es könnten dann auch die Grundsätze über Gewährleistung bei nothwendigen Cessionen[1]) bezüglich des §. 46 a. a. O. nicht zur Anwendung gelangen.

Hätte dieser Paragraph die Bedeutung, welche ihm gewöhnlich gegeben wird, so hätte er in den 11. Titel, aber nicht in die Lehre von der Aufhebung der Verbindlichkeiten gehört, und wenn man auch bei dem preussischen Landrecht nicht allzuviel auf die Stellung einer Gesetzesstelle im Systeme geben darf, weil es den Redactoren mehr darum zu thun war, dass sie eine Materie überhaupt abhandelten, als dass dies gerade an der gehörigen Stelle geschah,[2]) so wird doch die Unrichtigkeit der dem §. 46 gewöhnlich gegebenen Auslegung durch die Aeusserung von Suarez erwiesen, „dass „der Zahler, welcher nach den Regeln eines Man- „datarii oder negotiorum gestoris zu beurthei- „len sei, zugleich in Ansehung des debitoris ohne Cession „in die Rechte des von ihm bezahlten creditoris eintrete."[3]) Suarez setzt also gerade für den Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers voraus, dass die Zahlung animo solvendi erfolgte. Denn sowohl Mandatar als negotiorum gestor müssen animo solvendi gezahlt haben, sonst liegt weder Ausführung eines Mandates, noch negotiorum gestio vor.

Der Vollmachts-Auftrag hat eben nach preussischem Rechte ebenso wie die negotiorum gestio die Ausführung eines Rechtsgeschäft, für den Geschäftsherrn beziehentlich Auftragsgeber zum Gegenstande, das wesentliche Moment

---

1) §. 444, I, 11 des A. L. Rts.: doch darf in dergleichen Fällen (in denen die Cession von Rechtswegen eintritt) der Cedent so wenig für die Richtigkeit als Sicherheit der Forderung, insofern er sich bei dem Geschäfte keines Betruges schuldig gemacht hat, gerecht werden.

2) So steht z. B. die Verjährung durch Nichtgebrauch im 9. Titel unter den Erwerbsarten, obwohl sie in den 16. Titel unter die Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören, gehört.

3) Ges. Rev. Pens. XIV. Entw. zum A. L. Rt., Thl. I, Tit. 14 und 16, Motive S. 81.

ist Stellvertretung.[1]) Es ist aber rechtlich unmöglich, dass der Schuldner einen Dritten beauftragen kann, den Betrag seiner (des Schuldners) Obligation dem Gläubiger animo emendi auszuhändigen. So wenig, wie der Schuldner dies selbst thun kann,[2]) ebensowenig kann er es für sich durch einen Andern thun lassen. Sonst käme man zu dem Satze, dass der Schuldner die Forderung, welche ein Anderer an ihn hatte, durch die Zahlung nicht tilge, sondern erwerbe, obwohl sie dann durch confusio untergehen müsste.[3]) Sollte dennoch ein Schuldner die Forderung, welche ein Anderer an ihn hat, sich cediren lassen, so kann diese Cession höchstens als eine verkleidete Quittung oder als Erlass oder Schenkung aufgefasst werden.[4])

Ebenso liegt auch Geschäftsführung ohne Auftrag nur dann vor, wenn der Dritte animo solvendi zahlte. Solche Geschäftsführung muss im Interesse eines Andern vorgenommen sein, und man kann auch nicht sagen, dass der Dritte, welcher animo emendi die Zahlung leistete, insofern das Interesse des Schuldners im Auge hatte, als er die Klage des bestimmten Gläubigers ausschliessen wollte. Abgesehen davon, dass es dann sehr auf den einzelnen Fall ankäme, ob der eintretende Dritte dem Schuldner ein passenderer Gläubiger sein würde, als der befriedigte, so kann darin ein Handeln im Interesse des Schuldners um so weniger gefunden werden, als das Recht grundsätzlich ein Interesse des Schuldners an der Person des Gläubigers verneint, worauf zum grossen Theil die freie Uebertragbarkeit der Forderung ohne die Einwilligung des Schuldners beruht. Der Schuldner muss zahlen, es ist für ihn gleichgültig, an wen er zu zahlen hat.

Will man aber den §. 46 a. a. O. auf beide Zahlungen

---

4) Foerster, Theorie und Praxis, Bd. II, S. 297, 298 und 427. Korte a. a. O. S. 367.

2) Nach Ansicht des Ober-Tribunals bildet der Fall der Eigenthümerhypothek wieder eine Ausnahme.

3) §. 476, I, 16 des A. L. Rts. und andererseits §. 10, §. 28 und §. 43, I, 16 des A. L. Rts.

4) Foerster, Theorie und Praxis Bd. I, S. 591.

— emendi und solvendi animo — beziehen, so muss doch darauf aufmerksam gemacht werden, dass wenn in der That diese beiden Arten der Zahlung als besondere Rechtsinstitute neben einander im preussischen Recht existirten, auch die Grundsätze über wesentlichen Irrthum bei Verträgen auf diese Institute Anwendung finden müssten, und dass also, wenn der Gläubiger glaubte, es geschehe die Zahlung animo solvendi, während sie animo emendi erfolgte, das Zahlungsgeschäft wegen wesentlichen Irrthums, — error in negotio — mindestens anfechtbar sein würde. Denn dass die Zahlung animo emendi dann nicht dasselbe Rechtsgeschäft sein würde, wie die Zahlung animo solvendi, bedarf nicht der weiteren Ausführung.[1]) Diejenigen, welche den §. 46 a. a. O. sowohl auf die Zahlung animo solvendi als auf die animo emendi beziehen, thun bei der Auslegung dieses § eben zwei Schritte auf einmal. Sie verkennen den Anschluss des §. 46 an das gemeine Recht.

Im römischen Recht ist der Zahlung in wenigen Fällen, in denen ein bereits Obligirter zahlte, um die Obligation zu tilgen, ihr schuldtilgender Character genommen und die Wirkung beigelegt, einen Anspruch auf Cession zu begründen. Im preussischen Recht ist die Fiction des Fortbestehens der Forderung auch auf alle Fälle der freiwilligen Zahlung eines Dritten erweitert und zugleich der Zahlung noch die Wirkung verliehen, das Forderungsrecht ohne Cession auf den Zahler zu übertragen. Nun noch einen Schritt weiter zu gehen und die Neuerung zu behaupten, dass animo emendi geleistet sein müsse, dafür fehlt jeder Anhalt. Auch spricht hier-

1) Wer den §. 46 a. a. O. auf die Zahlung animo emendi beschränkt, muss dem animo donandi Zahlenden jede Klage auf Rückforderung versagen, wenn der Schuldner die Schenkung nicht acceptirt, denn die Geschäftsführungsklage kann in diesem Fall nie für den dritten Zahler begründet sein, schon deshalb nicht, weil derselbe gar nicht beabsichtigte, für sich durch die Zahlung ein Forderungsrecht zu begründen; die Klage aus §. 46 a. a. O. aber findet nicht statt, weil die Zahlung, wenn sie animo donandi geleistet würde, nothwendig auch animo solvendi erfolgte. Somit könnte der Zahler weder von dem Schuldner noch von dem Gläubiger Ersatz fordern und doch ist nach allgemeinen Grundsätzen keine Schenkung vorhanden, weil die Acceptation des Beschenkten fehlt. — §. 1058, I, 11 des A. L. Rts.

gegen die Meinung der Redactoren, dass sie durch den §. 46 a. a. O. keineswegs ein neues Institut einführten, und dass die Neuerung nur darin bestehe, dass dem Rechtsgeschäft der Zahlung die Wirkung des Erwerbes der Forderungen des befriedigten Gläubigers ohne Cession beigelegt werde. Die Redactoren haben eben in den Einzelbestimmungen des römischen Rechts ein allgemeines Princip erblickt, beziehentlich dieselben wegen Gleichheit des Grundes ausgedehnt. Denn es ist, äusserlich betrachtet, bei der Zahlung in der That kein grosser Unterschied, ob Jemand sich verpflichtet hat, für einen Andern zu zahlen, oder ob er ohne vorherige Verpflichtung sofort zahlt. Das Wesentliche des Geschäfts liegt in der Zahlung, erst durch diese wird der Uebergang der Klagen des befriedigten Gläubigers auf den Bürgen oder den dritten Zahler ermöglicht.

Hierzu kommt, dass auch die Billigkeitsgründe, auf denen das beneficium cedendarum actionum beruht, ebensogut auf die Zahlung durch einen ersatzberechtigten Dritten, als auf die des Bürgen passen. Das ist freilich eine andere Frage, ob die juristischen Schwierigkeiten der fraglichen Gesetzesbestimmung nicht eine Verallgemeinerung hätten verbieten sollen; indessen es ist ja bekannt, dass die Redactoren sehr oft ohne grosse Scrupel auf Kosten der Theorie zu praktischen Resultaten zu gelangen suchten. So sprachen sie denn auch ohne Bedenken den Satz aus, dass der zahlende Dritte seine Rechte gegen den befreiten Schuldner mit der Klage des befriedigten Gläubigers solle geltend machen können.

Dieser Satz steht keineswegs in einem absoluten Widerspruch mit dem §. 43, I, 16 des Allgemeinen Land-Rechts, nach welchem derjenige, der die Schuld eines Andern mit oder ohne Auftrag bezahlt, denselben von seiner Verbindlichkeit befreit. In diesem Paragraphen ist im Einklang mit dem gemeinen Recht die gewöhnliche Wirkung der Zahlung angegeben, der §. 46 a. a. O. dagegen bildet die Ausnahme von der allgemeinen Regel des §. 43. Dem widerspricht nicht der Umstand, dass der §. 46 mit dem Worte „überhaupt“ beginnt. Zwar drückt dieses Wort eine Erweiterung aus, doch darf man keineswegs so weit gehen, wie Foerster,

welcher den Ausdruck für gleichbedeutend mit „in allen Fällen" hält, der Zahler müsse denn in der Absicht zu schenken gezahlt haben.[1]) Vielmehr drückt das Wort „überhaupt" ausser einer Verallgemeinerung auch noch die Anknüpfung des §. 46 a. a. O. an den vorhergehenden Paragraphen aus, in welchem dem Zahler die Rechte eines Mandatars beziehentlich eines Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Schuldner gegeben sind. Deshalb darf auch die in dem Worte „überhaupt" enthaltene Verallgemeinerung nur mit Bezug auf den §. 45. I. 16 interpretirt werden, und daraus ergibt sich dann, dass nichts Anderes gesagt ist, als Folgendes: Mag die Mandats- oder Geschäftsführungs-Klage begründet sein für den Zahler, so soll derselbe ausserdem noch „überhaupt" d. h. einerlei, welcher von beiden in §. 45 a. a. O. genannten Fällen vorliegt, die Rechte des bezahlten Gläubigers erwerben.

Eine Erklärung dieses Satzes aus allgemeinen Rechtsregeln ist nicht möglich, ebenso wenig, wie für das beneficium cedendarum actionum des römischen Rechts, und auch die auf der Zahlung animo emendi basirende Ansicht kann keine auf allgemeinen Grundsätzen ruhende Construction geben, schon deshalb nicht, weil nach der Theorie des Allgemeinen Landrechts die Pfandrechte einen streng accessorischen Character haben, also mit der Forderung zugleich auf den Zahler übergehen müssten, während sie bei der Zahlung nach §. 48 I. 16 nur dann übergehen sollen, wenn eine ausdrückliche Cession der Forderung stattfand.[2])

Es liegt also eine Fiction, nämlich die des Fortbestehens der Forderung vor. Der Zweck derselben wird sich aus dem folgenden Paragraphen ergeben.

§. 3.

3. Ein Ersatzanspruch des drittten Zahlers.

Bisher ist der Nachweis versucht worden, dass jede Zahlung eines Dritten um den Effect des §. 46 a. a. O. her-

1) Foerster, Theorie und Praxis, Bd. I, S. 549.

2) Foerster, Theorie und Praxis Bd. III, S. 474 u. 458, dessen Grundbuchrecht S. 146. §. 1. 11. 12. 415 und 520. I, 20 des A. L. Rts.

beizuführen, Zahlung in der Absicht, die Schuld zu tilgen, sein müsse. Aber nicht jede in der Absicht der Schuldtilgung Seitens eines Dritten erfolgte Zahlung hat diese Wirkung. Denn wäre dies der Fall, so würde man zu dem Resultate gelangen, dass Zahlung durch einen Dritten mit schlechthin befreiender Wirkung unmöglich sei, und dies widerspräche dem §. 43 a. a. O., nach welchem derjenige, welcher die Schuld eines Andern mit oder ohne Auftrag zahlt, denselben von seiner Verbindlichkeit befreit. Die Zahlung durch einen Dritten würde überall nicht Tilgungs-, sondern Erwerbsmittel einer Obligation sein, ja es würde sich in allen Fällen, in denen der Dritte vom Schuldner beauftragt war, seine Schuld zu zahlen, dasselbe Resultat herausstellen, als wenn der Beauftragte, anstatt zu zahlen, treuloser Weise einen Cessionsvertrag mit dem Gläubiger abschlösse.

Dass dies unrichtig wäre, bedarf nicht näherer Begründung, und es muss deshalb, wenn man nicht auf der von den Redactoren des Landrechts einmal betretenen schiefen Ebene ins Gleiten gelangen will, die Anwendbarkeit des §. 46 a. a. O. nothwendiger Weise eingeschränkt werden.

Den dabei einzuschlagenden Weg hat das Obertribunal in dem bereits citirten[1]) Erkenntniss vom 21. Februar 1870 angedeutet, wo der Rechtssatz aufgestellt ist, dass für die Beurtheilung der Frage, ob der §. 46 a. a. O. anwendbar sei, ein zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner bestehendes Rechtsverhältniss, auf welches die Zahlung bezogen werden könne, vorzügliche Bedeutung habe.

Mit diesem Rechtsatze in seiner Allgemeinheit ist indessen wenig gewonnen; es bleibt noch die Frage zu beantworten, welcher Art das zwischen dem dritten Zahler und dem Schuldner bestehende Rechtsverhältniss sein müsse, um die Anwendbarkeit des §. 46 a. a. O. auszuschliessen? Denn dass nicht jedes Rechtsverhältniss den Eintritt des dritten Zahlers hindert, ergibt vor allen Dingen die Aeusserung von Suarez, dass der zahlende Mandatar oder Geschäfts-

1) S. 5, Anm. 2.

führer ohne Auftrag des Schuldners zugleich in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintreten solle.[1])

Andererseits ist der §. 46 a. a. O. bereits durch seine enge Anknüpfung an den §. 45 a. a. O.[2]) begränzt. Denn fasst man den §. 46 a. a. O. in seiner Verbindung mit §. 45 auf, so ergibt sich, dass der Eintritt in die Rechte des Zahlers nur dann stattfinden soll, wenn der Dritte entweder im Auftrage des Schuldners oder als Geschäftsführer ohne Auftrag zahlte. Diese Begränzung ist aber theils zu weit, theils zu eng. Zu weit: denn es wird nicht jeder Mandatar oder Geschäftsführer die Klage des befriedigten Gläubigers haben, sondern nur der, welcher aus der Zahlung einen Ersatzanspruch gegen den Schuldner erwirbt. Wer also zwar im Auftrage des Schuldners, aber mit dessen Geldmitteln zahlt und somit nicht die actio mandati contraria gegen den Schuldner hat,[3]) tritt folglich auch nicht in die Rechte des Gläubigers. Ebensowenig hat ein Geschäftsführer, welcher inutiliter negotia gerirte, einen Ersatzanspruch, und es findet also auch nicht sein Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers statt.[4])

---

1) Hiermit ist für den Fall der Zahlung im Auftrage keineswegs ein Widerspruch gegen den §. 62. I. 13 des A. L. Rts. eingeführt, nach welchem alle Vortheile, die aus einem aufgetragenen Geschäft entstehen, soweit nicht ein Anderes verabredet worden, dem Machtgeber allein zu Statten kommen sollen. Denn der §. 62 a. a. O. bezieht sich auf etwas ganz Anderes. Unter den Vortheilen, welche bei Ausführung eines Geschäfts entstehen, ist offenbar Etwas verstanden, was auch für den Machtgeber vortheihaft ist, wie z. B. wenn der Machtgeber den Auftrag gegeben hat, für 12 zu kaufen und der Beauftragte denselben Gegenstand für 10 kaufen kann, oder wenn der Beauftragte eine Schuld von 100 bezahlen soll, es ihm aber gelingt, einen Vergleich zu 80 abzuschliessen. Die Klage des befriedigten Gläubigers aber kann dem Machtgeber nicht zum Vortheil gereichen, wenigstens nicht, wenn er zugleich der Schuldner war, und der Beauftragte hat sie in Folge gesetzlicher Bestimmung für sich, ebenso, wie er die actio mandati nicht dem Machtgeber abzutreten braucht.

2) Vergl. S 24.

3) § 65 ff. I 13 des A. L. Rts. Hat der Mandatar aus eigenen Mitteln noch besondere Unkosten bestritten, so findet natürlich das Eintrittsrecht statt.

4) Wer in der Meinung zahlte, er selbst sei Schuldner, ist nicht Geschäftsführer ohne Auftrag.

l. 31. imit. D. de H. P. V. 3 u. l. 17 D. de solut. XLVI. 3. §. 185 I. 16

Zu eng ist jene Begränzung. Denn es gibt ausserdem noch Fälle, in denen die Zahlung des Dritten weder Ausführung eines Auftrages ist, noch die besonderen Merkmale der Geschäftsführung ohne Auftrag an sich trägt, gleichwohl aber die Befreiung des Schuldners und einen Ersatzanspruch gegen diesen bewirkt. Daraus ergiebt sich für die Auslegung des §. 45 a. a. O. nicht etwa, dass die Fälle, welche etwa nicht den Erfordernissen der Geschäftsführung ohne Auftrag genügten, in Folge einer Fiction als negotiorum gestio angesehen werden müssten. Denn dagegen spricht, wie von Diepenbroick-Grüter treffend hervorhebt, der Ausdruck „zu beurtheilen" im §. 45 a. a. O., durch welchen dem Richter die Prüfung zur Pflicht gemacht ist, ob eine Zahlung sich als negotiorum gestio qualificirt oder nicht. — Andererseits ist Koch[1]) der Meinung, dass auch ohne solche Fiction die Bezugnahme auf den 1. und 2. Abschnitt des 13. Titels in §. 45 a. a. O. vollständig erschöpfend sei, denn alle Rechte, welche einem Dritten aus der Zahlung erwachsen könnten, müssten entweder aus Mandatsausrichtung oder Geschäftsführung ohne Auftrag entstehen. Diess ist indessen schwerlich richtig.[2])

Jedenfalls ist derjenige nicht Geschäftsführer, welcher zwar das Bewustsein hat, er bezahle eine fremde Schuld, diese Handlung jedoch nur vornimmt in eigenem Interesse, der also z. B. eine fremde Pfandschuld zahlt, um seine Sache von dem auf ihr haftenden Pfandrecht frei zu machen. Denn die negotiorum gestio setzt die Absicht des Zahlenden voraus, das Geschäft als ein fremdes zu besorgen, in fremdem

des A. L. Rts. Ob die Schuld als getilgt anzusehen, wenn der irrthümlich Zahlende hinterher den Schuldner mit der act neg. gest. contr. in Anspruch nimmt — wie Förster Theorie und Praxis S. 549 not. 26 will — bezweifle ich. Die citirte l ult. D. de neg. gest. III. 5 beweist es nicht. Vielmehr hat diese Stelle einen besonderen Fall im Auge, wo der wahre Schuldner trotz des Irrthums, in welchem sich der Zahler befand, befreit wurde. In der Regel tritt aber keine Befreiung ein. Vergl. hierüber: von Vangerow Pand. Bd. III. §. 664, S. 504 und Chambon die negotiorum gestio S. 15.

1) Commentar zum A. L. Rt. §. 45. I 16, Anm. 11.

2) Vergl. hiergegen: von Diepenbroick-Grüter a. a. O. S. 3. Förster, Theorie und Praxis, Bd. I, S. 550, Note 34.

Interesse thätig zu sein, was keineswegs gleichbedeutend ist mit dem Bewusstsein, dass das vorgenommene Geschäft ein fremdes sei. Jene Absicht muss darauf gerichtet sein, sich den Andern durch die Geschäftsführung zu verpflichten.[1]) Deshalb wird auch die Geschäftsführungsklage dann nicht anwendbar sein, wenn Jemand ursprünglich nur aus Pflichtgefühl, Mitleid oder Pietät handelt, obwohl hieraus noch keineswegs folgt, dass der Zahler schenken wollte. Ebensowenig ist dann die Geschäftsführungsklage begründet, wenn der Dritte in der Absicht zu schenken, zahlt, der Schuldner aber dies nicht acceptirt.[2])

In allen diesen Fällen[3]) muss aber eine andere Klage gegeben sein, um dem Zahler zu dem Gezahlten wieder zu verhelfen, denn der Schuldner würde sich ja sonst gegen den §. 230, I, 13 des Allgemeinen Landrechts mit dem Schaden des Zahlers bereichern.

Nach allgemeinen Grundsätzen würde in diesen Fällen die Klage aus der nützlichen Verwendung begründet sein. In letzterer Hinsicht bestimmt der §. 262, I, 16 des A. L. Rts., dass derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Andern verwendet worden, dasselbe entweder in Natur zurück, oder für den Werth Vergütigung zu fordern berech-

1) Vergl. hierüber Korte in Gruchots Beiträgen Bd. I, S. 368, Chambon, die negot. gestio S. 42 ff., §. 261, I, 13 des A. L. Rts. und Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten S. 187.

2) Vergl. oben S. 22, Anm. Koch will in diesem Falle die Rückforderung des Gezahlten vom Schuldner dem Zahler insoweit gestatten, als Gründe zum Widerruf vorliegen (R. d. F. Bd. II, S. 629). Wie er dies rechtfertigen will, ist nicht abzusehen, denn der Widerruf der Schenkung setzt doch eben voraus, dass eine Schenkung zu Stande kam. Dies ist aber Mangels Acceptation des Schuldners nicht der Fall.

3) Nach preuss. Recht ist bei Bezahlungen fremder Schulden die Vermuthung, der Zahler habe schenken wollen, selbst dann ausgeschlossen, wenn wegen einer besondern persönlichen, obschon nicht gesetzlich verbindenden Pflicht zur Wohlthätigkeit im Allgemeinen die Schenkungsabsicht vermuthet wird. Entscheid. Bd. 7, S. 88 und Förster, Theorie und Praxis Bd. I, S. 549, Anm. 29. I, 11, § 1040—1045 des A. L. Rts. Es ist hier also umgekehrt wie im römischen Rechte, in welchem bei der Erfüllung einer sogen. Pietätspflicht ganz allgemein der animus donandi präsumirt wird. Chambon, die negotiorum gestio, S. 78.

tigt sein solle. In §. 268, I, 13 ist dann ferner hervorgehoben, dass das, womit nöthige oder nützliche Ausgaben für einen Andern bestritten werden, für in den Nutzen desselben verwendet zu achten sei, während endlich der §. 269 desselben Titels die Ausgaben, zu denen Jemand durch die Gesetze verpflichtet wird, für nothwendig erklärt. Hierzu ist dann noch ein Erkenntniss des Obertribunals vom 24. September 1863 ergangen, nach welchen zu den Ausgaben der §§. 268 und 269 l. c. auch die durch den Verwendenden bewirkte Erfüllung vertragsmässiger Verpflichtungen gehört.[1])

Gleichwohl nehmen Andre an, dass durch die im §. 45, I, 16, welcher als Rechte des Zahlers gegen den Schuldner nur die actio mandati resp. negotiorum gestorum contraria nennt, unterbliebene Allegirung des Dritten (von der nützlichen Verwendung handelnden) Abschnittes des 13. Titels, bei Zahlungen die Klage aus der nützlichen Verwendung ausgeschlossen sei; vielmehr solle der Dritte, dessen Zahlung nur die Kriterien der nützlichen Verwendung an sich trage, sich mit der Klage des befriedigten Gläubigers begnügen müssen.[2])

Hieraus ergeben sich für uns zwei Fragen, einmal 1) ob die nützliche Verwendung bei Zahlungen in der That als Klagefundament unstatthaft ist, und ferner 2) ob die Klage aus §. 46 auch da begründet erscheint, wo nach allgemeinen Grundsätzen die Klage aus der nützlichen Verwen-

---

1) Striethorst, Archiv für Rechtsfälle Bd. 50, S. 287.

2) von Diepenbroick-Grüter a. a. O., S. 5 und S. 8. Förster, Theorie und Praxis, Bd. I, S. 550 oben. Erkenntniss des IV. Senates des Obertribunals vom 29. Juni 1871 (Striethorst, Archiv Bd. 83, S. 73, No. 14), worin es heisst: Es lässt sich nicht rechtfertigen, das Allegat der beiden ersten Abschnitte im 13. Titel durch Hinzufügung des Abschnittes III. zu erweitern, d. h. ein neues Fundament aus der nützlichen Verwendung abzuleiten. Das A. L. Rt. ist der auftragslosen Geschäftsführung in fremden Geschäften grundsätzlich entgegen (§§. 228 und 229 des A. L. Rts. I, 13) und gestattet in dieser Materie keine extensive Auslegung. Es werden aber die beiderseitigen Rechte (des Zahlers und des Schuldners) vollständig gewahrt, wenn das Gesetz (§. 41 h. t.), wofern die beiden ersten Abschnitte nicht passen, dem Zahlenden als einem Cessionar die Rechte des befriedigten Gläubigers überträgt.

Vergl. auch Striethorst, Archiv Bd. 84, S. 196.

dung statthaft sein würde, ob also die Beziehung, welche der §. 46 zu den Fällen des §. 45 a. a. O. hat, zu überschreiten sei?

ad 1) Was den Ausschluss der Klage aus der nützlichen Verwendung anbelangt, so macht von Diepenbroick-Grüter namentlich für denselben geltend, dass es einen argen Verstoss gegen die juristische Hermeneutik bilden würde, wenn man annehmen wollte, der Gesetzgeber habe aus Mangel an Aufmerksamkeit die Allegirung des Abschnitt III. des 13. Titels unterlassen. Indessen ebensosehr würde es meines Erachtens gegen die Grundsätze der Auslegekunst sein, wenn man annehmen wollte, die Paragraphen 262, 268 und 269 des 13. Titels seien durch die unterlassene Allegirung des fraglichen Abschnittes in §. 45, I, 16 für Zahlungen aufgehoben. Nun führt man wohl als weiteren Grund an, die Lage des Schuldners würde verschlechtert werden, wenn man dem Zahler die Klage aus der nützlichen Verwendung zugestehen wolle.[1]) Insoweit indessen eine Verschlechterung der Lage des Schuldners herbeigeführt werden würde, ist keine nützliche Verwendung anzunehmen. Deshalb kann der Schuldner alle Einreden, welche er dem Gläubiger entgegensetzen konnte, auch dem mit der Verwendungsklage vorgehenden Zahler entgegensetzen. Zweifel können nur entstehen, wenn der Dritte eine der kurzen Verjährung des Gesetzes vom 31. März 1838 unterworfene Forderung bezahlte. Hier könnte dem Schuldner insofern die Zahlung des Dritten schädlich sein, als er nunmehr noch nach 30 Jahren die Verwendungsklage des Zahlers zu gewärtigen hat. Schädlich würde dies um deswillen sein, weil der Schuldner des Vortheils, welcher ihm vermöge des Ablaufs der kurzen Verjährung aus der gesetzlichen Vermuthung der Tilgung der Forderung erwachsen kann, verlustig gehen würde. Der Schuldner hatte vielleicht selbst schon die Forderung bezahlt, und hätte gegen ein etwaiges Wiederfordern Seitens des bezahlten Gläubigers sich durch den Einwand der Verjährung schützen können. Jetzt bezahlt ein Dritter zum

---

1) von Diepenbroick-Grüter a. a. O. S. 9.

zweiten Male, soll nun der Schuldner, welcher im Hinblick auf die kurze Verjährungsfrist vielleicht die Beweismittel über die erfolgte Tilgung vernichtet hatte, oder dessen bei der Zahlung zugegen gewesene Zeugen vielleicht gestorben sind, noch einmal bezahlen müssen, weil er dem dritten Zahler, dessen Forderung erst in dreissig Jahren verjährt, den Einwand der kurzen Verjährung nicht entgegensetzen kann?

Man wird gewiss mit „nein“ antworten. Muss man nun aber, um zu diesem Resultate zu gelangen, die Klage aus der nützlichen Verwendung überhaupt ausschliessen, oder wird es nicht vielmehr genügen, dem Schuldner auch gegenüber der Klage des Zahlers aus der nützlichen Verwendung die Einrede der kurzen Verjährung zu gestatten?[1]) Unstreitig liegt ja doch insofern eine nützliche Verwendung vor, als der Dritte eine wirklich bestehende Schuld gezahlt hat. Soll nun die oben hervorgehobene Gefahr für den Schuldner den Zahler seines Ersatzanspruches verlustig machen? Das wäre unbillig. Denn darauf, dass er die Klage des befriedigten Gläubigers hat, darf man sich nicht stützen; diese Bestimmung ist eine Anomalie. —

So wird man genöthigt, auch aus der Zahlung einer der kurzen Verjährung unterworfenen Forderung die Verwendungsklage, gegen diese aber dieselbe Verjährungseinrede zuzulassen, welche gegen die getilgte Forderung zulässig war.[2]) Dies ist um so dringender geboten, als es auch

---

1) Hierber gehört das Erkenntniss des Obertribunals vom 26. October 1860 (Entscheidungen Bd. 44, S. 65), worin die Frage, ob die vierjährige Klageverjährung auch der Mutter entgegenstehe, welche ihr uneheliches Kind selbst verpflegt hat und demnächst erst die in einem früheren Processe des Kindes gegen den natürlichen Vater rechtskräftig zuerkannten Alimentenbeträge einfordert, bejaht wird.

2) Das Bedenken, ob dies zulässig sei, hat erst die Veranlassung zu der ganzen Streitfrage über die Zulässigkeit der Verwendungsklage bei Zahlungen eines Dritten gegeben. Vergl. von Diepenbroick-Grüter a. a. O. S. 1 ff. Indessen wird man an der Zulässigkeit um so weniger zweifeln können, als es ja viele der kurzen Verjährung unterworfene Forderungen gibt, welche nicht gerade Geldforderungen sind, z. B. die Forderungen der Wirthschafts- und Haus-Officianten, des Gesindes etc. auf die ihnen zustehenden Emolumente,

Geldforderungen gibt, bei denen der Eintritt in die Rechte des Zahlers ausgeschlossen ist, weil dieselben der Cession entzogen sind, nämlich die Forderungen der königlichen Beamten an Gehalt und Pension, und die Ansprüche gegen Knappschafts- und Krankenkassen.[1]) In diesen Fällen würde also die Zahlung eines Dritten, welche nicht gerade den Kriterien der Geschäftsführung ohne Auftrag genügt, eine grundlose Bereicherung für den Schuldner bilden, wenn die Klage aus der nützlichen Verwendung ausgeschlossen sein sollte.[2])

Hiernach kann es sich nur noch fragen, weshalb die Allegirung des III. Abschnittes im 13. Titel unterblieben ist.

In dieser Beziehung scheint eine Aeusserung von Suarez in der revisio monitorum zum gedruckten Entwurf geeignet, auf den richtigen Weg zu leiten. Suarez sagt nämlich ganz kurz: „Es ist wohl ausser Streit, dass der,

---

ferner die Rückstände an wiederkehrenden Abgaben und Leistungen. §. 2, No. 3 und 5 des Ges. v. 31. März 1838. Wollte man hier die Klage aus der nützlichen Verwendung wegen der oben hervorgehobenen Bedenken ausschliessen, so würde in solchem Falle (wegen der dem Schuldner sonst erwachsenden Pflicht, seine Beweismittel über bereits erfolgte Tilgung etwas länger aufzuheben) dem dritten Erfüllenden die Wiedererlangung seiner Auslagen unmöglich sein und der Schuldner sich mit seinem Schaden bereichern. Denn die Klage des befriedigten Gläubigers erwirbt er nicht, weil der §. 46 a. a. O. auf Geldzahlungen zu beschränken ist. Vergl. hierüber unter S. 123 ff.

1) Vergl. unten S. 36, Anm. und S. 38, Anm. Uebrigens würde dasselbe Bedenken, welches der Zulassung der Klage aus der nützlichen Verwendung entgegenstehen soll, auch der Zulassung der actio negotiorum gestorum contraria entgegenstehen, denn was bei der nützlichen Verwendung als unnütz erscheint, kann bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht als nützlich sich darstellen (Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, S. 105 und S. 179 ff.). Vergl. auch Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. I, S. 352 . . . „Der Schuldner braucht sich eine ohne sein Wissen und Willen eintretende, ihm nachtheilige Veränderung seiner Schuld nicht gefallen zu lassen, und daher hat er gegen die Geschäftsführungsklage in dieser Function dieselbe Verjährungseinrede, die ihm gegen die ursprüngliche (der kurzen Verjährung unterworfene) Forderung zustehen würde.“

2) In dem Erkenntnisse vom 2. Juni 1848 (Rechtsfälle, Bd. 4, S. 119, No. 58) hatte das Obertribunal die Zulässigkeit der Verwendungsklage ausgesprochen, in dem Erkenntnisse vom 29. Juni 1871 (Striethorst, Bd. 83, S. 73, No. 14 dieselbe aber wieder verneint.

welcher für einen Andern gezahlt, hat, gegen den debitorem nach den Regeln eines mandatarii oder negotiorum gestoris zu beurtheilen sei." Nach dieser Aeusserung erscheint der Schluss nicht zu gewagt, dass auch die Redactoren der später von Koch vertretenen Meinung waren, welche auch Gruchot neuerdings wieder vertheidigt, dass sich die Zahlung eines Dritten, wenn sie überhaupt einen Ersatzanspruch des Schuldners hervorruft, immer entweder als negotiorum gestio oder als Mandatsausführung qualificire.[1]) Gerade zu ihrer Zeit hatte unter den Lehrern des gemeinen Rechts die actio negotiorum gestorum contraria utilis eine besonders grosse Ausdehnung erfahren. Die Fälle, in denen nach der heutigen Lehre die Zahlung nicht negotiorum gestio, sondern nützliche Verwendung ist, characterisiren sich sämmtlich dadurch, dass der animus obligandi nicht vorhanden war. Gerade von dem animus obligandi aber haben bedeutende Rechtslehrer damaliger Zeit, Hellfeld und Glück, abgesehen, was sich am schlagendsten darin zeigt, dass sie die actio negotiorum gestorum contraria utilis sogar dann ganz allgemein für zulässig hielten, wenn Jemand irrthümlich eine fremde Schuldverbindlichkeit in eigenem Namen erfüllt hatte.[2]) Hierin liegt also der Grund für die unterbliebene Allegirung des III. Abschnittes im 13. Titel.

Damit ergibt sich für die obige zweite Frage, ob der §. 46 a. a. O. auch zur Anwendung gelange, wenn die Zahlung des Dritten nur die Merkmale der nützlichen Verwendung aufweise, von selbst eine bejahende Antwort; und man kann also als allgemeine Regel den Satz aufstellen, dass der Eintritt in die Rechte des Gläubigers dann stattfindet, wenn wenigstens die Klage aus der nützlichen Verwendung durch die Zahlung begründet ist. Der „in der

1) Gruchot, Zahlung S. 45 ff. Jacobi, die Lehre von der nützlichen Verwendung S. 179, Note 31 findet in der unterlassenen Allegirung des III. Abschnittes des 13. Titels einen Beleg für seine Auffassung, dass es einen Anspruch ex versione in rem als selbständiges Klagefundament nicht gebe.

Vergl. jedoch dagegen Foerster Theorie und Praxis Bd. II, S. 419, Anm. 22.

2) Hellfeld: Juris prudentia forensis secundum ordinem Pandectarum §. 421 und Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten Bd. V, §. 412, S. 346

Regel"[1]) durch die Zahlung erwachsende Ersatzanspruch ist die Voraussetzung für den Eintritt in die Rechte des bezahlten Gläubigers[2]) Diesen Ersatzanspruch soll der Dritte vermöge positiver Bestimmung mit der Klage aus der als fortbestehend fingirten Forderung des befriedigten Gläubigers geltend machen können. Darin liegt das Grundprincip des §. 46 a. a. O.

Hiermit stellt sich, abgesehen von der im preussischen Recht eingeführten Erweiterung, dasselbe Resultat heraus, wie bei dem beneficium cedendarum actionum des gemeinen Rechts, dessen Zweck ebenfalls nur darauf gerichtet war, dem Bürgen die Verfolgung seiner Regressansprüche gegen den Schuldner zu erleichtern.[3])

II. Abschnitt.

Der Eintritt in die Rechte des Gläubigers als Wirkung der Zahlung eines Dritten.

An die Untersuchung der Voraussetzungen für den Eintritt des Dritten in die Rechte des bezahlten Gläubigers muss sich naturgemäss die Erörterung der Wirkung anschliessen. Dabei wird sich der Unterschied des Eintritts in die Rechte des Gläubigers von der Cession herausstellen, und in einem weitern Paragraphen werden die Ausnahmefälle, in denen der Eintritt in die Rechte des bezahlten Gläubigers entweder gar nicht, oder doch nur theilweise sich vollzieht, einer nähern Betrachtung unterworfen werden.

Da endlich die Klage des befriedigten Gläubigers in der Hand des durch die Zahlung eingetretenen Dritten die ökonomische Funktion einer Ersatzklage haben soll, so wird

---

1) §. 46, I, 16 des A. L. Rts.

2) Auch Dernburg (Preuss. Privatrecht Bd. I, S. 572, bei Anm. 7) scheint das Regressverhältniss des Zahlers zum Schuldner als massgebend zu betrachten: „Erfolgt die Zahlung durch einen Dritten der Art, dass dieser Regressansprüche geltend machen kann, so geht auf ihn die Forderung und das Anrecht auf Cession der Post über."

3) Hasenbalg: Bürgschaft S. 603.

die auf den Zahler übergegangene Forderung auch noch in ihrer Concurrenz mit der Ersatzforderung des Zahlers betrachtet werden müssen.

§. 1.
Der Eintritt in die Rechte des Gläubigers als regelmässige Folge der Zahlung des Dritten.

Was ist hier unter den Rechten des bezahlten Gläubigers zu verstehen?

Das Obertribunal sagt in dem Erkenntnisse vom 5. Februar 1872, der §. 46 bedeute, dass der dritte Zahler mindestens die Klage des befriedigten Gläubigers erwerbe.[1] Hiermit hat indessen keineswegs ausgesprochen werden sollen, dass nur der Uebergang der Klage auf den Dritten stattfinde. Das würde auch mit den sonstigen Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts nicht in Einklang zu bringen sein. Denn dasselbe beschränkt in den §§. 47 und 48 den §. 46 a. a. O. dahin, dass etwaige Vor- und Sicherungsrechte, welche der bezahlten Forderung beiwohnen, ohne ausdrückliche Cession nicht übergehen können. Hieraus ergibt sich, dass ein blosser Uebergang der Klage des befriedigten Gläubigers in §. 46 a. a. O. nicht gemeint sein kann; denn die Klage hat weder Vor- noch Sicherungsrechte, die vielmehr der Forderung zustehen; der Uebergang dieser Rechte konnte überhaupt nur dann in Frage kommen, wenn der Zahler in ein weiteres Recht als blos in die Klage eintritt, welche selbst nur ein Ausfluss des Forderungsrechtes, eine ihm innerlich angehörende Befugniss ist.[2] Auch würde die Ausdrucksweise des Allgemeinen Landrechts durchaus ungenau sein, wenn unter den Rechten des bezahlten Gläubigers nur das eine Recht der Klage verstanden werden sollte. Vielmehr ist darunter das Forderungsrecht mit allen daraus sich ergebenden Befugnissen zu verstehen. Dies bedarf jedoch andererseits einer Einschrän-

---

1) Striethorst, Archiv Bd. 84, S. 196.

2) Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. I, S. 230.

kung. Denn wenn der §. 46 a. a. O. den Eintritt in die Rechte des bezahlten Gläubigers auch ohne ausdrückliche Cession gestattet, so sind damit zugleich alle Rechte ausgeschlossen, welche überhaupt auch durch Cession nicht übergehen können.[1])

Deswegen wird in der Regel zwar die Forderung selbst übergehen, denn Geldforderungen sind im Allgemeinen cessibel. Doch gibt es auch hier einige Ausnahmen. Zu denselben gehört die Bestimmung, dass die Besoldungen und Pensionen der Königlichen Officianten nicht sollen cedirt werden können, ebensowenig wie die Ansprüche der Arbeiter der Bergwerke und Salinen auf die Leistungen der Knappschafts- und der Kranken-kassen.[2])

In den übrigen Fällen ist die Forderung cessibel und deshalb auch fähig, durch die Zahlung auf den Zahler überzugehen. Dagegen sind viele mit ihr verbundene Befugnisse

---

1) Erkenntniss des Obertribunals vom 5. Februar 1872 (Striethorst, Archiv Bd. 84, S. 196, No. 4): „Dies — der Eintritt in die Rechte des Gläubigers — setzt voraus, dass dem bezahlten Gläubiger Rechte gegen denjenigen zugestanden, für den bezahlt worden ist, in welche der Zahlungsleister wie durch Cession eintreten kann."

2) Rescript vom 18. November 1802 (abgedruckt bei von Rönne a. a. O. I, 11, §. 382, No. II, 3) und §. 173 des Allg. Berg-Ges. vom 24. Juni 1865. In dem ersteren Falle ist die Cession im öffentlichen Interesse verboten, welches erfordert, dass den Officianten ein Theil ihres Gehaltes frei bleibt. In dem zweiten Falle würde der Zweck der fraglichen Kassen, Geld zur Heilung erkrankter Arbeiter bereit zu haben, nicht erreicht werden, wenn man die Abtretung des Anspruchs, welcher dann möglicher Weise einem Fremden zustehen würde, gestatten wollte.

Damit diese Vorschriften nicht umgangen werden, muss auch §. 46 a. a. O. ausgeschlossen sein. —

Nach dem §. 385, I, 11 des A. L. Rts. ist auch die Cession bestrittener Forderungen an Richter und Anwälte unzulässig. Der Grund dieses Gesetzes war die Erschwerung der Vertheidigung des Schuldners durch arglistiges Vorschieben eines beschwerlichen Gegners, ein Ueberrest des römischen Satzes „ne potentiori cedatur." Davon kann aber keine Rede sein, wenn wirklich für den Schuldner bezahlt wurde, denn dann handelt es sich um Rückforderung des gezahlten Betrages. Deshalb wird der Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers zuzulassen sein. Präjudiz 1625 vom 11. October 1845. Präjudiz-Sammlung Bd. I, S. 58.

nicht cessibel und also auch jenes Uebergangs unfähig. Z. B. läuft zu Gunsten dessen, der eine Forderung des Fiscus zahlte, nicht die vierundvierzigjährige Verjährung. Dasselbe gilt von den Forderungen der Kirchen und gleichberechtigter juristischer Personen. Dabei ist noch besonders darauf aufmerksam zu machen, dass auch in dem Ausnahmefall des §. 637, I, 9 des Allgemeinen Landrechts der Zahler nie die längere Verjährungsfrist haben kann, weil Fiskus und die Kirche bei der längeren Frist nie ein Interesse haben können.[1])

Durch ausdrückliche Bestimmung sind, worauf später einzugehen sein wird, die Vor- und Beirechte einer Forderung dem Uebergange durch die Zahlung entzogen.[2])

Dagegen gehen mit der Forderung zugleich im Allgemeinen auch die Nebenrechte auf den Zahler über. Hierher gehören namentlich das Recht auf Verzugszinsen,[3]) die Conventionalstrafe und die Conventionalzinsen. Dies ergibt sich daraus, dass die Zahlung die Stelle der Cession vertreten soll. Umgekehrt können aber diese Nebenrechte der Forderung abgesondert von der Forderung nur dann übergehen, wenn sie auch einer abgesonderten Abtretung fähig waren. Wenn deshalb der Zahler fällige, vorbedungene Zinsen zahlt, so erlangt er hierdurch die Zinsenforderung, denn dieselbe ist, weil selbständig klagbar, auch selbständig cessibel. Zahlt er dagegen Verzugszinsen, so kann hier von seinem Eintritt in die Verzugszinsenforderung keine Rede sein, weil es eine solche selbständig nicht gibt[4]) und

---

1) §. 636, I, 9 des A. L. Rts. Der §. 637 a. a. O. lautet: Insofern jedoch der als Vorfahr zu betrachtende Fiscus, oder eine andere dergleichen Anstalt, den Nachfolger im Besitz zu vertreten schuldig sind, können sie gegen den Verjährenden zum Besten des Nachfolgers von ihrem eigenen Rechte Gebrauch machen. Vergl. auch §. 638 ibid. und §. 444, I, 11 des A. L. Rts.

2) §. 47 und 48, I, 16 des A. L. Rts. Siehe unten.

3) Erkenntniss des Obertribunals vom 11. Januar 1876: „Ist die Verpflichtung zur Zahlung von Zögerungszinsen einmal eingetreten, so entsteht ein Nebenrecht der Forderung, welches sich aus der Forderung fortentwickelt, und daher von dem Tage der Cession oder der die die Cession vertretende Zahlung auf den Cessionar oder den Zahlenden übergeht." (Striethorst, Archiv Bd. 94, S. 357, No. 59).

4) Vergl. hierüber Förster, Theorie und Praxis, Bd I, S. 381 ff. In

deshalb auch die gesonderte Cession unmöglich ist.[1]) Dasselbe gilt von der noch nicht verwirkten Conventionalstrafe.[2])

Eine weitere Consequenz des Satzes, dass die Rechte des befriedigten Gläubigers auch ohne Cession auf den Zahler übergehen, besteht darin, dass der Zahler sich vom Schuldner alle Einreden entgegensetzen lassen muss, welche demselben gegen den bezahlten Gläubiger zur Seite standen,[3]) namentlich auch, soweit dieselben aus der Person des bezahlten Gläubigers entnommen sind.[4]) Es ist hierfür gleichgültig, ob der bezahlte Gläubiger der ursprüngliche war, oder ob ihn der Schuldner als seinen Gläubiger kraft Rechtsnachfolge ausdrücklich anerkannt hatte. Dieses Erforderniss einer ausdrücklich erfolgten Anerkennung wird bei Beantwortung der Frage, welche Einreden dem Cessionar aus der Person eines Vorgängers entgegengesetzt werden können, fast durchgehends beigefügt.[5]) Man drückt diesen Satz gewöhnlich so aus, dass Einreden aus der Person eines Zwischeninhabers nicht zulässig seien, und bezeichnet als

den Entscheidungen Bd. 58, S. 100 ist andererseits vom Obertribunal angenommen, dass Verzugszinsen selbständig eingeklagt werden könnten, bevor die Klage auf den Hauptstamm angestellt sei. Diese Entscheidung steht aber in offenbarem Widerspruch mit dem Plenarbeschlusse vom 12. Septbr. 1845 (Präj.-Samml. S. 68), in welchem die selbständige Existenz der Verzugszinsen negirt wird. Siehe andererseits: Carus, die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen nach Römischem, gemeinem deutschen Recht und der neueren Gesetzgebung, — eine gekrönte Preisschrift — Halle a/S. 1876.

1) Der Zahler muss also in einem solchen Falle, wenn er weder im Auftrage zahlte, noch die Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag hat, die Klage aus der nützlichen Verwendung zur Durchführung seines Ersatzanspruches gegen den Schuldner besitzen.

2) Erkenntniss des Obertribunals vom $\frac{\text{11. December 1857.}}{\text{19. Februar 1858.}}$ Förster, Theorie und Prax. Bd. I, S. 627 und Hinschius in der preuss. Anwalt-Zeit. 1866. S. 315. Dagegen die Entscheidungen des Appellationsgerichts zu Hamm in Gruchots Beiträgen Bd. II, S. 229 ff. und Bd. VII. S. 58 ff., vergl. auch Bd. IX, S. 219 ff.

3) Striethorst, Archiv Bd. 79, S. 56, No. 11.

4) §. 407, I, 11 des A. L. Rts.

5) Förster, Bd. I, S. 643. Koch, Uebergang S. 197. Gruchot, Beiträge Bd. XI, S. 599 und Bd. VI. S. 151 ff.

solche diejenigen Cessionare, welche sich dem Schuldner gegenüber nicht legitimirt hätten. Denn die Legitimation bilde den Modus, durch welchen erst ein Verhältniss zwischen dem Cessionar und dem Schuldner entstehe, und daraus folge, dass alle Zwischencessionare, welche in dieses Verhältniss nicht getreten, in Beziehung auf den Schuldner als gar nicht vorhanden anzusehen seien.[1]) Diese Lehre ist indessen durchaus willkürlich, denn im Gesetze steht davon nichts. Vielmehr muss als Zwischeninhaber jeder gelten, der zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem klagenden Cessionar Eigenthümer der Forderung war. Eigenthümer wird man aber durch die Abtretung, nicht durch die Benachrichtigung des Schuldners von derselben[2]) und „der Mangel dieser Benachrichtigung hat nach den Vor„schriften der §§. 413—416 des A. L. Rts nur die Wirkung, „dass die bis dahin zwischen dem Schuldner und dem „Cedenten vorgefallenen Verhandlungen zu Gunsten des „Schuldners gültig sind.“[3]) Bei dieser Bedeutung der Denunziation muss die Vorschrift des §. 407, I, 11 des A. L. Rts., dass der Schuldner einer cedirten Post alle Einwendungen und Gegenforderungen, die er gegen den Cedenten rügen könnte, auch dem Cessionario entgegensetzen konnte (abgesehen von den Ausnahmebestimmungen der §§. 313—316, I, 16 des A. L. Rts.) auch für sog. Zwischeninhaber, d. h. solche Inhaber der Forderung gelten, welche sich nicht legitimirt hatten, und es ist wiederum willkürlich, die Worte „den Cedenten“ gleichbedeutend mit „dem ersten Cedenten“ oder „ursprünglichen Gläubiger“ aufzufassen. Denn wenn

1) So Koch a. a. O.

2) §. 376 und 377, I, 11 des A. L. Rts.:

„Die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus, wodurch Jemand sich verpflichtet, einem Andern das Eigenthum seines Rechts... zu überlassen.

Die Handlung selbst, wodurch das abzutretende Recht dem Andern wirklich übertragen wird, wird Cession genannt.“

3) So der Recursbescheid des Appellationsgerichts zu Hamm vom 19. März 1866 (abgedruckt bei Gruchot, Beiträge Bd. XI, S. 67). Siehe auch Förster, Theorie und Praxis Bd. I, S. 642, Anm. 203: die Denunziation ist kein Aneignungs- sondern ein Sicherungs-Mittel für den Cessionar.

die fraglichen Worte in diesem Sinne gebraucht wären, so wären ja die besonderen Bestimmungen der §§. 313—316, I, 16 des Allgemeinen Landrechts durchaus überflüssig. Weshalb sollte dann noch im §. 316 a. a. O. besonders hervorgehoben sein, dass „der Schuldner nur das, was er an den „ersten Inhaber vor bekannt gemachter Cession zu fordern „hatte," gegen eine cedirte Forderung solle abrechnen können!

Auch kann es keinesfalls gestattet sein, in den §§. 313—316 a. a. O. den Ausdruck eines allgemeinen Princips zu finden. Denn die Einrede der Compensation ist von allen andern Einreden ihrer ganzen Natur nach verschieden. Sie will einen an und für sich begründeten Anspruch vernichten, sie verfolgt einen positiven Zweck, nicht nur den negativen, die Geltendmachung eines Anspruchs zu verhindern. Deshalb ist es ganz begründet, dass sie eine besondere Behandlung im Rechte erfahren hat, was sich z. B. auch darin zeigt, dass zu ihrer Wirksamkeit Liquidität vorausgesetzt wird, ein Erforderniss, welches bei allen übrigen Einreden nicht gestellt ist.[1])

Das allgemeine Princip enthält vielmehr der §. 407, I, 11 des Allgemeinen Landrechts, zu welchem die §§. 313—316 a. a. O. sich verhalten, wie die Ausnahmen zur Regel. In der That folgt auch aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatze von der durch die Cession begründeten Gläubigerschaft des Cessionars, dass letzterer, welcher die Forderung zwar als seine eigene, aber doch immer als eine nach Inhalt und Umfang aus den Personen seiner Vormänner bestimmte, erwirbt, sich auch alle aus den Personen seiner Vormänner dem debitor cessus zustehende Einreden — die höchst persönlichen natürlich ausgenommen — entgegensetzen lassen muss, ein Rechtssatz, welcher in derselben Unbeschränktheit

---

1) §. 359, I, 16 des A. L. Rts. Nach Dernburg Compensation S. 414 und 415 hat zur Aufnahme der fraglichen Bestimmung in das Allgemeine Landrecht auch die Erwägung beigetragen, „dass es den Verkehr mit Forderungen erschweren müsse und verwickelte Complicationen herbeiführen könne, wenn der Cessus auch Gegenforderungen gegen Zwischencessionare zur Compensation benutzen könne.

Vergl. auch Hiersemenzel, vergleichende Uebersicht, II. Thl., S. 344 a. E.

auch für den Eintritt in die Rechte des Gläubigers durch Zahlung gelten muss.

Nach dem Gesagten kann es nicht zweifelhaft sein, dass der Eintritt in die Rechte des Gläubigers eine wahre Singular-Succession ist. Der Zahler macht keineswegs eine fremde Forderung, wenn auch für eigene Rechnung, geltend, sondern seine eigene, die durch die Zahlung vermöge der Bestimmung des Gesetzgebers ihm erworben ist. Vermöge der Bestimmung des Gesetzgebers — darin liegt zugleich der Unterschied von der Cession, welche auf Vertrag beruht. Dieser Unterschied ist bedeutungslos, wenn es sich um die Frage handelt, welche Rechte durch die Bezahlung der Geldschuld auf den Zahler übergehen sollen. Er ist aber auch bedeutungslos, wenn es sich um die Stellung des Zahlers zu dem Schuldner handelt, wobei indessen, wie später noch nachzuweisen sein wird, nicht übersehen werden darf, dass der Eintritt des Dritten in die Rechte des bezahlten Gläubigers überhaupt nur zu dem Zwecke geschieht, um ihm die Geltendmachung seines Ersatzanspruches gegen den Schuldner zu erleichtern.

Dagegen ist der Umstand, dass der Eintritt des Zahlers auf Gesetz und nicht auf Vertrag beruht, bedeutungsvoll für die Stellung des bezahlten Gläubigers zu seinem Rechtsnachfolger, dem Zahler. Weil nämlich der Gläubiger den Eintritt des Zahlers in seine als fortbestehend fingirten Rechte nicht hindern kann, denn er vollzieht sich vermöge des Gesetzes, so muss der bezahlte Gläubiger von jeder Gewährleistungspflicht für Richtigkeit oder Sicherheit der bezahlten Forderung befreit sein.[1]) Die Verpflichtung des Cedenten zur Gewährleistung ist nicht sowohl die Wirkung der Cession als des Cessionsvertrages.[2]) Selbst eine ausdrückliche Abtretung Seitens des Gläubigers, wozu dieser nach §. 442, I, 11 des Allgemeinen Landrechts verpflichtet

---

1) §. 444, I, 11 des A. L. Rts.

2) Gruchot, Beiträge, Bd. XI, S. 893 ff. und A. Schliemann, die Haftung des Cedenten, S. 6 ff.

ist, kann hieran nichts ändern, da die Willensfreiheit des Gläubigers fehlt.[1])

Dem möchte man zwar entgegnen, dass der Gläubiger nach diesem Paragraphen doch nur dann zur Abtretung verpflichtet sei, wenn der Zahler durch die Zahlung in die Stelle des bezahlten Gläubigers trete und dass also der Gläubiger sich vorher über den Ersatzanspruch vergewissern könne. Indessen der Gläubiger erhält durch die Zahlung des Dritten nur, was er zu fordern ein Recht hat, und deshalb kann man dem Gläubiger nicht zumuthen, dass er die Stellung des dritten Zahlenden zum Schuldner einer Prüfung unterwerfe. Aber, möchte man fragen, wenn der besondere Fall vorliegt, dass der Gläubiger eine Zahlung annahm, die er gemäss §. 49, I, 16 des Allgemeinen Landrechts hätte ablehnen können, liegt hierin nicht eine gewisse Willensthätigkeit des Gläubigers, der sich doch der Folge bewusst sein muss, welche die Annahme des Geldes durch ihn nach den Gesetzen haben kann? Das mag zwar zugegeben werden, doch kann man von dem Gläubiger nicht eine derartige Selbstlosigkeit verlangen, dass er eine ihm vielleicht günstige Zahlung, z. B. weil die Forderung noch nicht fällig war, ablehnen sollte; und ferner normirt der §. 49, I, 16 des Allgemeinen Landrechts auch nur Rechte des Gläubigers, nicht aber Pflichten.

Zudem ist daran festzuhalten, dass die Forderung des Gläubigers ohne Cession auf den Zahler übergeht, und dass, wo die Voraussetzungen zu diesem Erwerbe ohne Cession nicht vorhanden sind, auch eine ausdrückliche Abtretung, wenn sie nicht die Erfüllung eines Vertrages ist, die Forderung nicht übertragen kann. Die §§. 50, I, 16 bez. 442, I, 11 des Allgemeinen Landrechts einerseits und §. 46, I, 16 desselben andererseits stehen nicht in dem Verhältniss zu einander, dass man sagen könnte, durch die Cession gehe

1) §. 442. I, 11 des A. L. Rts. lautet: In allen Fällen, wo Jemand durch die für oder statt eines Andern geleistete Zahlung, nach Vorschrift der Gesetze, in die Stelle des bezahlten Gläubigers tritt, ist er von diesem auch eine ausdrückliche Cession seiner Rechte an den Schuldner zu fordern befugt.

allemal das Forderungsrecht über, und da der Zahler die Cession erzwingen könne (§. 443, I. 12), so solle auch ohne Cession der Uebergang stattfinden Vielmehr ist gerade umgekehrt der Satz aufzustellen: Wo man durch die Zahlung in die Forderung eintreten würde, da kann auch eine ausdrückliche Cession von Bedeutung sein; wo aber die Voraussetzungen zu diesem Eintritt nicht vorliegen, da nützt auch eine ausdrückliche Cession nichts mehr.

Die ausdrückliche Cession dient also für die Regel nur zur Beurkundung des Forderungsüberganges. Davon gibt es aber Ausnahmen. In diesen Ausnahmefällen, welche in dem folgenden Paragraphen erörtert werden sollen, vermittelt die Zahlung nicht den Eintritt in alle Rechte des Gläubigers, gibt vielmehr bezüglich einiger nur ein Recht, Abtretung von dem Gläubiger zu verlangen.

Uebrigens kennt das Allgemeine Landrecht eine Ausnahme von der gänzlichen Freiheit des Gläubigers, bei nothwendiger Cession Gewähr zu leisten. Dieselbe soll dann vorliegen, wenn der Gläubiger sich eines Betruges schuldig gemacht hatte[1]) — bei dem Geschäft, sagt das Allgemeine Landrecht. Dies kann sich nur auf das Zahlungsgeschäft beziehen, denn nur bei ihm kann ein Betrug vorkommen.

Es fallen hierunter also alle Vorspiegelungen des Gläubigers, welche den Zahler zu der Zahlung bestimmen sollten, obwohl der Gläubiger der Mangelhaftigkeit seiner Forderung sich bewusst war. Denn nur insofern liegt eine Arglist vor. Eine Pflicht für den Gläubiger, dem Dritten, welcher ihm Zahlung offerirt, die etwaigen Mängel seiner Forderung klar zu legen, existirt nicht. —

§. 2.
Beschränkungen des Eintritts in die Rechte des Gläubigers.

Selbst wenn durch die Zahlung ein Ersatzanspruch

1) §. 444, I. 11 des A. L. Rts. Doch darf in dergleichen Fällen (nothwendigen Cessionen) der Cedent so wenig für die Richtigkeit als Sicherheit der Forderung, insofern er sich keines Betruges bei dem Geschäfte schuldig gemacht hat, gerecht werden.

begründet wird, und wenn die Cession weder nach der Natur der Forderung, noch nach positiver Gesetzesbestimmung unmöglich wäre, kann unter Umständen der Eintritt des Zahlers in die Rechte des bezahlten Gläubigers ausgeschlossen sein. Dies ist der Fall, I. wenn der Zahler selbst von seinem Eintrittsrechte keinen Gebrauch machen will. Denn wenn auch ein positiver Wille des Zahlers, die Forderung zu erwerben, [1]) für den Erwerb derselben nicht erforderlich ist, so ist doch jedenfalls der Erwerb ausgeschlossen, wenn der Zahler den positiven Willen hat, nicht zu erwerben.

Ferner aber gehören hierher II. die Bestimmungen der §§. 47 und 48 I. 16 des Allgemeinen Landrechts, in denen die Zahlung bezüglich einiger Rechte des Gläubigers nicht den Uebergang derselben, sondern einen Anspruch auf ihre Abtretung begründet.

I. Was den ersteren Fall, den des positiven Willens des Zahlers, die Forderung nicht zu erwerben, anbelangt, so ist es wohl zweifellos, dass der dritte Zahler dann nicht eintritt, wenn er bei der Zahlung dem Gläubiger gegenüber auf den Eintritt verzichtete. Denn sobald dies geschieht, äussert die Zahlung lediglich schuldtilgende Kraft, die Forderung ist erloschen. Demgemäss kann dem Zahler in diesem Falle auch eine ausdrückliche nachträchliche Abtretung nichts mehr nützen.

Dagegen entstehen Zweifel, wenn der Zahler vor der Zahlung seinen Willen, die Forderung nicht zu erwerben, dem Gläubiger oder gar nur dem Schuldner gegenüber ausgesprochen hatte. Wenn indessen die Voraussetzungen für den Eintritt des Zahlers vorhanden sind, so muss man sich meines Erachtens dafür entscheiden, dass der Wille, die Forderung des befriedigten Gläubigers nicht zu erwerben,

1) Man könnte höchstens in dem Sinne von einem Willen des Zahlers, die Forderung zu erwerben — animus emendi — sprechen, als der Zahler diesen Willen nur in den Grenzen des Zahlungsgeschäftes hegt, d. h. nicht die Absicht hat, die Forderung unter allen Umständen zu erwerben, sondern nur soweit, als die gesetzlichen Regeln von der Zahlung und sein Ersatzanspruch es mit sich bringen. Unter diesen Voraussetzungen tritt der Erwerb des Zahlers allemal ein, ausgenommen, wenn er den positiven Willen hat, nicht zu erwerben.

nur dann den Erwerb ausschliesse, wenn er im Moment der Zahlung vorhanden ist. Erklärte also der Zahler vorher dem Gläubiger, er verzichte auf sein Eintrittsrecht, und widerruft er dies bei der Zahlung, indem er z. B. ausdrückliche Abtretung verlangt, so findet das Eintrittsrecht Statt. Verzichtete der Zahler andererseits dem Schuldner gegenüber auf sein Eintrittsrecht, und verlangt er auch hier bei der Zahlung Abtretung, so greift ebenfalls das Eintrittsrecht Platz. Dasselbe muss gelten, wenn der Zahler dem Schuldner gegenüber eine Verpflichtung einging, gegen welche sein Eintritt verstossen würde, also z. B. wenn der Zahler sich verpflichtet hatte, eine Hypothekenpost zu bezahlen und im Grundbuche löschen zu lassen.

Die herrschende Meinung nimmt zwar in allen diesen Fällen das Gegentheil an, indessen sicherlich mit Unrecht. Denn es ist, worauf schon oben hingewiesen wurde, rechtlich unmöglich, dass bei dem Vorhandensein der sonstigen für das Eintrittsrecht erforderten Voraussetzungen ein dem Schuldner früher erklärter Verzicht, oder eine gegen ihn eingegangene Verpflichtung den Zahler sollte hindern können, seiner Verpflichtung entgegen die Forderung zu erwerben. Nur das wird man verlangen müssen, dass der Zahler in solchen Fällen bei der Zahlung seine Willensänderung kund gibt, widrigenfalls die Vermuthung Platz greift, er habe gemäss seiner früheren Verpflichtung, d. h. mit dem positiven Willen, nicht zu erwerben, gezahlt.

Selbstverständlich kann später der Schuldner dem Zahler, welcher trotz des vorhergehenden Verzichtes von seinem Eintrittsrecht Gebrauch macht, exceptio doli entgegensetzen, und da die in der Doctrin herrschende Meinung, dass der Schuldner aus der Person von Zwischeninhabern dem weitern Cessionar keine Einreden entgegensetzen könne, nicht begründet erscheint,[1]) so wird dieselbe Einrede auch dem Rechtsnachfolger des Zahlers zu opponiren sein.

---

1) cfr. oben S. 39 ff. Eine ausführliche Widerlegung dieser Meinung würde zu weit abführen. Dieselbe muss einer spätern Abhandlung vorbehalten bleiben.

Noch mag bemerkt werden, dass in dem Verzicht auf die dem Zahler zustehende Forderung des befriedigten Gläubigers ein Verzicht auf den Ersatzanspruch zwar liegen kann, aber nicht nothwendig zu liegen braucht. Der Zahler hat eben zwei Wege für die Wiedererlangung des von ihm bezahlten Geldes, und es braucht in dem Verzicht auf den einen nicht nothwendig auch der Verzicht auf den andern zu liegen. —

II. Bei Weitem länger, als bei diesen Fragen wird die Untersuchung bei den Bestimmungen der §§. 47 und 48 I. 16 des allgemeinen Landrechts zu verweilen haben, nach denen gewisse Vor- und Bei-Rechte einer Forderung, um auf den Zahler überzugehen, der besonderen Abtretung bedürfen.[1])

Da die zu ihrem Uebergange auf den Zahler der Abtretung bedürftigen Beirechte — Bürgschaft und Pfand — in §. 48 a. a. O. speciell genannt sind, so ist zunächst nur die Frage zu beantworten, welche Rechte unter den Vorrechten des §. 47 a. a. O. zu verstehen sind. Es sollen Vorrechte sein, die einer Forderung „nach ihrer Qualität" beiwohnen. Es wurde bereits festgestellt, dass der Eintritt in die Rechte des Gläubigers von der Cession sich nur dadurch unterscheidet, dass jener auf Gesetz, diese aber auf Vertrag beruht. Deshalb wird es nicht befremden, wenn zur Beantwortung unserer Frage, die bei dem Abschnitte von der Cession über die Vorrechte einer Forderung gegebenen gesetzlichen Bestimmungen angezogen werden.[2]) Es sind also zunächst unter den einer Forderung nach ihrer Qualität beiwohnenden Vorrechten alle Vorrechte zu verstehen, „welche einer Forderung in Rücksicht ihrer Natur

---

1) §. 47, I. 16.: Insofern aber der bezahlten Forderung nach ihrer Qualität gewisse Vorrechte beiwohnen, kann der Zahlende sich dieser Vorrechte gegen einen Dritten ohne ausdrückliche Cession in der Regel, und wenn nicht besondere Gesetze ein anderes vorschreiben, nicht bedienen.

§. 48 a. a. O.: Ebenso erlangt der Zahlende au seine für die Forderung durch Bürgen oder Pfand bestellte Sicherheit die Rechte des Gläubigers in der Regel nur durch ausdrückliche Cession desselben.

2) §. 403 ff. I. 11 des A. L. Rts.

und Beschaffenheit beigelegt sind" (§. 403, I. 11). Man wird indessen noch weiter gehen und auch solche Vorrechte hierher rechnen müssen, welche der Forderung selbst in Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft ihres ersten Inhabers zukommen.[1]) Dies zeigen schon die mehrfach bereits angezogenen Bemerkungen von Suarez, welcher bei der Frage, wie weit der Zahler ohne Cession in die Rechte des befriedigten Gläubigers trete, gerade als Beispiel eines Vorrechtes das der Illatenforderung der Ehefrau zustehende Vorzugsrecht im Concurse nennt.[2]) Dieses Vorzugsrecht ist eben ein solches, welches einer Forderung mit Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft ihres ersten Inhabers zukommt.

Sind hiernach im Allgemeinen die nach §. 47 I. 16 des Allgemeinen Landrechts in Betracht kommenden Vorrechte genannt, so bedarf nur noch die Frage Erwähnung, ob die Zahlung einer Wechselforderung durch einen Dritten nach der Ausnahme des §. 47 I, 16 des Allgemeinen Landrechts oder nach der Regel des §. 46 a. a. O. zu beurtheilen, oder endlich, ob weder das Eine noch das Andere der Fall sei? Nun wird man gewiss die wechselmässige Qualität einer Forderung nicht als ein besonderes Vorrecht derselben bezeichnen können. Denn eine Wechselforderung hat einzig und allein im Wechsel ihre Existenz und kann ausser ihm als civilrechtliche Forderung nicht geltend gemacht werden. Andererseits vertritt das Obertribunal neuerdings in constanter Praxis die Ansicht, dass die Zahlung nach §. 46 a. a. O., auch wenn zugleich die Uebergabe des Wechsels an den Zahler erfolgte, weder eine Civil- noch eine Wechselforderung auf den Zahler überträgt,[3]) die Zahlung müsste denn in den Formen der Ehrenintervention gemäss Art. 62 u. 63 der Allgem. Deutschen Wechselordnung geschehen sein. Es stützt sich hierbei mit Recht auf die Natur des Wechsels, als eines

---

1) Erkenntniss des Obertribunals vom 11. Januar 1876 (Striethorst Archiv Bd. 93, S. 359).

2) Das gesetzliche Vorrecht der Ehefrau im Concurse ist in der Reichsconcurs-Ordnung aufgehoben. Vergl. jedoch §. 13 des Einführungsgesetzes zu derselben.

3) Entscheid. Bd. 48, S. 272.

strengen Litteralvertrages. Dieser verbietet die Zahlung Seitens eines Dritten mit wechselrechtlicher Wirkung in anderen Formen, als den für die Ehrenzahlung gegebenen, nach denen die letztere durch den dem Ehrenzahler auszuhändigenden Interventionsprotest constatirt werden muss. Wollte man hiernach die Zahlung eines Dritten mit der Wirkung des §. 46 a. a. O. gestatten, so würden die Vorschriften über Ehrenzahlung überflüssig gemacht sein.[1]

Geht man nun auf die Vorschriften der §§. 47 u. 48 I. 16 des Allgemeinen Landrechts näher ein, so wird man auch hier wieder keineswegs Uebereinstimmung der Ansichten finden. Zwar ist man darüber einig, dass der Uebergang der ihrer Vor- und Beirechte entkleideten Forderung sofort durch die Zahlung bewirkt werde, und dass es nur zum Erwerb jener Rechte einer ausdrücklichen Cession bedürfe; dagegen besteht darüber Streit, was cedirt werden müsse, um dem Zahler die Vor- und Sicherungsrechte zu

1) Gleicher Ansicht sind: Hartmann: Das deutsche Wechselrecht S. 416. Volkmar in Striethorsts Archiv Bd. 42, S. 348. Gelpke im Archiv für deutsches Wechslerecht S. 63 a. E. Dagegen hat das Appellationsgericht zu Hamm in dem Erkenntniss vom 9. Decbr. 1864 (abgedruckt in Gruchots Beiträgen Bd. IX, S. 595 ff.) die Anwendbarkeit des §. 46 a. a. O. auf Wechselforderungen angenommen, da weder die Natur des Wechsels noch die Vorschriften der Wechselordnung dem entgegenständen. Jedenfalls ist die in diesem Erkenntniss ausgesprochene Ansicht, welche schon früher vom Kammergericht aufgestellt worden, dass der Zahler bestimmt denjenigen Wechselverpflichteten bezeichnen müsse, für welchen er die Zahlung leiste, nicht haltbar. Denn die Zahlung soll ja nur die Stelle der Cession vertreten und wie eine einmalige Cession die sämmtlichen Klagerechte gegen die Wechselverpflichteten überträgt, so muss es auch die Zahlung bewirken können. Für den Wechselinhaber, in dessen Rechte der Zahler nach Civilrecht eintreten würde, sind die sämmtlichen Verpflichteten solidarisch Verpflichtete, und ebensowenig, wie man nach Civilrecht vom Zahler, um ihm den Eintritt in die Rechte des Gläubigers zu gestatten, die Angabe verlangen würde, für welchen von mehreren, solidarisch Verpflichteten er zahle, ebensowenig könnte man dies beim Wechsel ihun. —

Es kann übrigens zweifelhaft erscheinen, ob der §. 46 a. a. O. nicht wenigstens für die Fälle anwendbar ist, in denen die Intervention nicht statthaft ist, so dass die Zahlung die Rechte gegen den Acceptanten und Ehrenacceptanten und den Aussteller eines eigenen Wechsels auf den Zahler übertragen würde. Denn diese Personen können niemals Honoraten sein, weil sie nicht in der Regressverbindlichkeit stehen.

verschaffen, ob die letzteren allein, oder die Forderung selbst. Koch entscheidet sich für die Cession der Forderung selbst und stützt sich dabei auf den §. 403 I. 11 des Allgemeinen Landrechts, nach welchem besondere Vorrechte der Forderung nur mit der Cession der letzteren auf den Cessionar übergehen. Er verlangt ferner, dass die Cession vor der Annahme der Zahlung von dem Zahler ausbedungen werde.[1]) Das Obertribunal dagegen hält nur eine Cession der Vor- und Sicherungsrechte für erforderlich, welche nach dem Uebergange des Forderungsrechtes auf den gezahlt habenden Dritten dem Gläubiger noch in so weit und zu dem Behufe zustehen sollen, dass er sie dem Dritten abtreten könne, und auf dessen Verlangen abtreten müsse.[2]) Es gestattet also auch die Cession der Vor- und Beirechte nach der Zahlung, unbekümmert darum, ob die Cession bei der Zahlung ausbedungen wurde oder nicht.

Obwohl nun der Ansicht des Obertribunals das grosse Bedenken entgegensteht, dass nach ihr eine Forderung der ihrer Natur und Beschaffenheit nach ihr beiwohnenden Vorrechte entkleidet und in veränderter Natur in die Hände des Zahlers gelangen, die Vorrechte aber getrennt zurückbleiben sollen, gerade so, als ob die besonderen Vorrechte lediglich äussere Zuthaten der Forderung wären, und obwohl ein Vorrecht ohne Beziehung auf eine Forderung selbständig existirend nicht wohl denkbar ist, so wird doch nichts Anderes übrig bleiben, als dieser Auffassung beizutreten. Denn nimmt man die Theorie des Obertribunals nicht an, so bleibt nur folgende Alternative. Entweder: die mit Vorrechten versehene Forderung geht Mangels ausdrücklicher Cession ohne dieselben über und die letzteren erlöschen; Oder: auch die Forderung geht nicht über. Beides ist aber offenbar ungerecht. Höchstens könnte man versuchen, dem Wortlaut der §§. 47 und 48 entgegen, auf Grund der Aeusserungen von Suarez in der revisio monitorum zum gedruckten Entwurf zu der eben verworfenen letzteren An-

1) Koch, Commentar z. A. L. Rt. §. 47, I. 16, Anm. 15.
2) Striethorst, Archiv Bd. 40, S. 184, No. 45.

nahme zu gelangen. Suarez erörtert nämlich die Frage, wie weit der zahlende Dritte ohne Cession die Rechte des bezahlten Gläubigers erwerbe. Er findet die Frage hinsichtlich des Schuldners unbedenklich, verneint sie dagegen bezüglich der vorhandenen Vor- und Sicherungsrechte, weil die Sicherheit des Verkehrs „hier" erfordere, bei der alten Theorie zu bleiben und ausdrückliche Cessionen zu verlangen. Ein Dritter würde sonst ohne sein Verschulden gefährdet werden. Nun möchte man versuchen, so zu folgern: Wenn Bedenken vorhanden sind, den Eintritt in die Rechte des Gläubigers zu gestatten, wo Vor- und Nebenrechte einer Forderung beiwohnen, so soll „hier" bei der alten Theorie verblieben werden, d. h. der Eintritt in die Rechte des Gläubigers nur dann gestattet sein, wenn eine Forderung weder mit accessorischen Rechten versehen, noch bevorrechtet ist; sind aber Vor- und Beirechte vorhanden, so soll der Eintritt des Zahlers ohne Cession überhaupt ausgeschlossen sein. Zur Unterstützung möchte man noch anführen, dass sich das „hier" in Suarez Aeusserungen unmöglich auf die Cession der Vor- und Sicherungsrechte beziehen könne, denn hiergegen spreche der Zusatz, dass man bei der alten Theorie bleiben wolle, und einen allgemeinen Rechtssatz, nach welchem die Vorrechte gesondert abgetreten werden könnten, gebe es nicht. Indessen auch diese Deduction wäre unhaltbar. Suarez will nur insofern bei der alten Theorie bleiben, als er ausdrückliche Cessionen verlangt, nicht aber insofern, als eine ausdrückliche Cession der Vorrechte erfolgen soll. Suarez setzt eben die dem Schuldner gegenüber vortheilhaften Rechte des Gläubigers, die Forderung, in Gegensatz zu den gegenüber einem „tertius" vortheilhaften Rechten, den Vor- und Beirechten. Die ersteren sollen durch die Zahlung übergehen, die letzteren durch die Cession, vorausgesetzt, dass die Forderung, mit welcher sie verknüpft waren, durch die Zahlung übergehen kann.[1]) Hiermit stimmt auch die Fassung

1) Denn wenn dies nicht der Fall ist, so wirkt die Zahlung tilgend und es sind dann mit dem Zeitpunkt der Zahlung Forderung, Vor- und Beirechte derselben erloschen. Bei Hypotheken ergibt sich indessen hier nach §. 57 des

der §§. 47 und 48 a. a. O. überein, welche nur den Erwerb der Vor- und Sicherungsrechte von einer ausdrücklichen Cession abhängig machen.[1])

Sucht man nach den inneren Gründen für diese Ausnahmen, so wird man allerdings vergeblich suchen, denn dass der von Suarez hervorgehobene Grund, die Sicherheit des Verkehrs verlange ausdrückliche Abtretung, nicht zutrifft, bedarf nicht der weiteren Ausführung.

Nun ergeben sich aber die weiteren Fragen:

III. unter welchen Voraussetzungen, und

IV. zu welchem Zeitpunkte der dritte Zahler Abtretung verlangen könne?

III. Auf die erste Frage gibt der §. 50. I. 16 des Allgemeinen Landrechts in Verbindung mit dem §. 442, I. 11 daselbst Antwort.

Der §. 50 a. a. O. bestimmt, dass der Gläubiger dem dritten Zahler seine Rechte gegen den Schuldner „insoweit abtreten soll, als er die Zahlung von ihm anzunehmen schuldig" war. Der §. 442 a. a. O. gibt allgemein dem Zahler, welcher „durch die für oder statt eines Andern ge-„leistete Zahlung nach Vorschrift der Gesetze in die

Gesetzes über den Eigenthumserwerb u. s. w. insofern eine Ausnahme, als das Hypothekenrecht — wenigstens gutgläubigen Dritten gegenüber (Erkenntniss des Obertribunals vom 16. December 1861 abgedruckt in Striethorsts Archiv Bd. 43, S. 268) — nur durch die Löschung im Grundbuch aufgehoben wird. Sollte also der Zahler die vom Gläubiger ihm unter den obigen Umständen abgetretene Hypothek weiter cedirt haben, so würde der gutgläubige Cessionar dieselbe unangefochten vom Schuldner einklagen können, selbst wenn der Eintritt nach §. 46 a. a. O. ausgeschlossen gewesen wäre.

Vergleiche auch das Erkenntniss des Appellationsgerichts zu Hamm vom 9. December 1864 (Gruchots Beiträge Bd. IX, S. 595 ff.) darüber, dass die §§. 47 und 48 I. 16 des A. L. Rts. nur von einer Cession der Vor- und Beirechte sprechen.

1) Die Ausdrucksweise des Landrechts im §. 47 a. a. O. lässt den Schluss zu, als ob die Vorrechte bereits mit der Zahlung auf den Zahler übergegangen wären, und der Zahler nur noch eine ausdrückliche Abtretung nöthig haben solle, um sich der Vorrechte zu „bedienen". Es ist factisch gleichgültig, ob man dieser Auffassung oder der im Text enthaltenen sich anschliesst. Denn der Gläubiger hat jedenfalls die Vorrechte nur noch insoweit, dass er dieselben abtreten kann.

„Stelle des befriedigten Gläubigers tritt," das Recht, von diesem auch eine ausdrückliche Cession seiner Rechte an den Schuldner zu verlangen.

Man möchte geneigt sein, die letztere Bestimmung ausschliesslich auf den Fall des §. 46, I. 16 des Allgemeinen Landrechts, also auf die Forderung selbst, den §. 50, I. 16 aber auf die Abtretung der Vor- und Beirechte zu beziehen. Dagegen spricht indessen der Umstand, dass in §. 50 a. a. O. auf den §. 442, I. 11 ausdrücklich verwiesen ist und dass in beiden Paragraphen ganz gleichlautend von der Abtretung „der Rechte" des Gläubigers die Rede ist, was dazu nöthigt, diesen Ausdruck in beiden Paragraphen auch in derselben Bedeutung zu verstehen. Zudem bezieht sich der §. 442, I. 11 des Allgemeinen Landrechts offenbar allgemein auch auf andere Fälle der nothwendigen Cession als den des §. 46 a. a. O., wie sich aus seiner Stellung im 11. Titel und dem Marginale „von nothwendigen Cessionen" ergibt.[1]) Wollte man ihn aber auch nur auf den Fall des §. 46 a. a. O. beziehen, so dass also der Zahler nur die Abtretung der Forderung selbst verlangen könnte, so würden doch mit der abgetretenen Forderung zugleich die Vor- und Beirechte auf den Zahler übergehen müssen.[2]) Der §. 50, I. 16 spricht also nur die nach §. 442, I. 11 allgemein geltende Verpflichtung des bezahlten Gläubigers, Abtretung zu leisten, für den besonderen Fall noch ausdrücklich aus, dass der Gläubiger die Annahme des Geldes vom dritten Zahler nicht hatte zurückweisen können.

Ferner liegt die Versuchung nahe, aus der Fassung der beiden Paragraphen 442, I, 11 und 50, I, 16 des All-

1) Das Wort „Zahlung" ist demnach hier in dem weiteren Sinne der römischen solutio gebraucht. Der Bürge tritt, soweit er den Gläubiger „befriedigt" hat, ohne Cession in die Rechte des Gläubigers. §. 338, I. 14 des A. L. Rts.

2) §. 403, I. 11 des A. L. Rts. Förster Theorie und Praxis Bd. I, S. 625 unten. Koch, Comment. z. A. L. Rt. I. 11, §. 402, Anm. 33 gegen das Erkenntniss des Obertribunals vom 4. August 1841 (Präjud. Samml. S. 86), worin gesagt ist, dass die Bürgschaft als Recht gegen einen Dritten kein Accessorium der Hauptforderung sei.

gemeinen Landrechts insofern einen Unterschied herauszulesen, als der Gläubiger in den Fällen des §. 50 a. a. O. unbedingt Cession leisten müsse, während er nach §. 442, I, 11 des Allgemeinen Landrechts nur dann hierzu verpflichtet sei, wenn der Zahler durch seine Zahlung die Forderung zu erwerben berechtigt war. Indessen über die Frage, ob der Gläubiger unter Umständen berechtigt, beziehungsweise gar verpflichtet sei, die Beziehungen des Dritten zum Schuldner klar zu legen, um das Recht des Zahlenden auf Abtretung beurtheilen zu können, gibt der §. 442, I, 11 ebenso wenig Antwort, als der §. 50, I, 16. Denn der §. 442 a. a. O. spricht offenbar allgemein von dem Eintritt des Dritten im Falle der Zahlung, ohne die Frage zu berühren, ob im einzelnen Falle die Zahlung des Dritten die Uebertragung der Forderung auf ihn bewirken könne. Andererseits wird man auch nicht unbedingt in den Fällen des §. 50 I. 16 des Allgemeinen Landrechts von einer Verpflichtung des Gläubigers, Abtretung zu leisten, sprechen können. Denn offenbar ist der Gläubiger nicht verpflichtet, Cession zu leisten, wenn die Zahlung des Dritten tilgend gewirkt hat, wenn also die Zahlung nicht einen Ersatzanspruch an den Schuldner begründete. In einem solchen Falle braucht natürlich der Gläubiger keine Cession zu leisten, denn der abzutretende Gegenstand existirt nicht mehr. Man möchte hieraus den Schluss ziehen, dass der Gläubiger vom Zahler die Aufdeckung seiner Beziehungen zum Schuldner verlangen könne. Indessen ist dies doch wohl zu verneinen.

Durch die Zahlung des Dritten ist nämlich die Vermuthung begründet, dass aus derselben ein Ersatzanspruch des Zahlers gegen den Schuldner entsprungen sei, und es ist nun Sache des Gläubigers, der die Cession verweigert, diese Vermuthung zu widerlegen.[1])

---

1) Die Thatsache der Zahlung genügt wegen des §. 268, I. 13 des A. L. Rts., nach welchem das, womit nöthige oder nützliche Ausgaben eines Andern bestritten werden, in den Nutzen desselben für verwendet zu erachten ist, und weil zu den Ausgaben der §§. 268 u. 269, I. 13 auch die durch den Verwendenden bewirkt Erfüllung vertragsmässiger Verbindlichkeiten gehört (Strietborst, Archiv Bd. 50, S. 287). Dass die Geldmittel, mit denen gezahlt wurde,

Wird man aber dem Gläubiger eine Prüfungspflicht aufbürden dürfen? Ich glaube, schwerlich. Der Gläubiger erhält, was schon hervorgehoben wurde, durch die Zahlung des Dritten nur das, was er zu fordern hat, und er kann, wenn ihm dies vortheilhaft zu sein scheint, jedenfalls auch eine Zahlung annehmen, die er an sich abzulehnen berechtigt wäre, denn der §. 49, I, 16 des Allgemeinen Landrechts enthält nur ein Recht für den Gläubiger, beschränkt ihn aber keineswegs auf die in diesem Paragraphen genannten Fälle. Hierzu kommt, dass die Pflicht des Gläubigers, Cession zu leisten, schon an sich seine Lage erschwert, z. B. weil die Förmlichkeiten der Cession ihm mehr Mühe verursachen, als eine einfache Quittung,[1]) und dass er andererseits in gewissen Fällen sich der Zahlung des Dritten gar nicht entziehen kann, so dass geradezu die Grundsätze der Billigkeit verletzt werden würden, wollte man den Gläubiger auch noch zu einer Prüfung der Stellung des Zahlers zum Schuldner verpflichten. Deshalb wird der Gläubiger im Zweifel ohne weitere Prüfung dem Zahler auf dessen Verlangen Cession ertheilen dürfen.

Kennt dagegen der Gläubiger die Stellung des Zahlers zum Schuldner und ergibt sich aus derselben, dass der Eintritt des Zahlers in die Rechte des befriedigten Gläubigers unmöglich ist, so hat er nicht nur das Recht, sondern unter Umständen auch die Pflicht, die Abtretung zu verweigern, ja sich nöthigenfalls auf einen Prozess mit dem Zahler einzulassen. Diese Pflicht des Gläubigers ist dann vorhanden, wenn Pfandrechte, gleichviel ob Faustpfand oder Hypothek,

---

aus dem Vermögen des Zahlers herrührten, braucht dieser ebenfalls nicht zu beweisen. Hierfür existirt die Vermuthung, welche jedoch aus den Umständen widerlegt werden kann. cfr. Seuffert Archiv, Bd. XX, No. 31, wo die Vermuthung, die Zahlung sei aus den Mitteln des Zahlers erfolgt, durch den Umstand für widerlegt erachtet wurde, dass der Zahler Kassirer im Geschäfte des Verklagten war.

1) Der Gläubiger ist keineswegs nur verpflichtet, eins von beiden, Quittung oder Cession zu leisten. Dies ergibt der §. 443, I. 11 des A. L. Rts. Vielmehr wird sich in der Praxis der Fall meistens so stellen, dass der Gläubiger sofort bei der Zahlung Quittung ertheilt und dass der Zahler später den Richter darum angeht, den Gläubiger zur Cession anzuhalten.

mit der bezahlten Forderung verbunden waren, oder eine Schuldverschreibung existirte. Denn der Gläubiger, welcher seine Zahlung erhalten hat, muss Faustpfand und Hypothekenbrief etc. dem Schuldner ausliefern, und ist für den aus der Nichtbefolgung dieser Pflicht entstehenden Schaden verantwortlich. Diese Pflicht ist nur insofern aufgehoben, als man dem Gläubiger wie gesagt keine Prüfung der Stellung des Zahlers zum Schuldner zumuthen kann, sie bleibt aber in Kraft, wo die Stellung des Zahlers zum Schuldner dem Gläubiger bereits bekannt ist.

Hierdurch ist allerdings die Möglichkeit einer Verletzung der Interessen des Schuldners gegeben. Denn, wenn auch dem Schuldner das Recht zusteht, Faustpfand und Hypothekenbrief dem Zahler abzuvindiciren, so kann doch in der Zwischenzeit, namentlich durch fernere Cession an gutgläubige Dritte die Wiedererlangung entweder erschwert oder ganz unmöglich gemacht werden.[1]) Die Sache verhält sich indessen doch nicht anders, als wenn ein treuloser Mandatar anstatt zu zahlen, einen Cessionsvertrag mit dem Gläubiger abschliesst.

Bedenklicher ist die Bestimmung, dass der Gläubiger dem dritten Zahler ausdrückliche Cession leisten müsse, für den ferneren Cessionar des Dritten. Denn die Cession, welche der befriedigte Gläubiger auf Grund der Zahlung ertheilt, unterscheidet sich äusserlich in nichts von der auf Grund eines Cessionsvertrages gewährten. Der Cessionar kann also nicht wissen, ob er eine im Wege der nothwendigen oder freiwilligen Cession auf seinen Vormann übergegangene Forderung erwirbt. Dennoch ist dies für ihn von der grössten Bedeutung, da ihm im Falle der nothwendigen Cession der Forderung nur der Zahler selbst, nicht aber dessen Vormänner für Richtigkeit und Sicherheit der abgetretenen Forderung haften, und andererseits der Schuld-

1) Verpfändet der treulose Zahler das Faustpfand einem redlichen Dritten, so kann der beschädigte Schuldner es diesem zwar abnehmen, jedoch nur gegen Erstattung dessen, was der Dritte für das Pfand gegeben. §. 80, I. 20 des A. L. Rts.

ner ihm, obwohl er gutgläubig war, die eingeklagte Forderung wirksam bestreiten kann, wenn der Zahler nicht gemäss §. 46 a. a. O. in die Rechte des befriedigten Gläubigers eingetreten war. Denn regelmässig wird der gute Glaube in solchen Fällen nicht geschützt, mit der alleinigen durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nothwendig gewordenen Ausnahme bei Hypothekenforderungen.

Gleichwohl ist jene Bestimmung klar und durch keine Interpretation zu beseitigen.

Zweifel, bezüglich der Verpflichtung des Gläubigers, Cession zu leisten, können bei Theilzahlungen entstehen, jedoch wird man meines Erachtens nicht fehlgehen, wenn man als das bei Entscheidung dieser Frage zu Grunde liegende Princip den Satz aufstellt: dass die Lage des Gläubigers nicht erschwert nud verschlechtert werden darf. Der Eintritt in die Rechte des bezahlten Gläubigers ist ja lediglich aus Billigkeitsrücksichten hervorgegangen und deshalb darf man dieses Institut auch gewiss nur insoweit anwenden, als durch dasselbe nicht die Interessen des neben dem Schuldner zunächst betheiligten Gläubigers verletzt wird. Diese Erwägung führt zu dem Resultat, dass der Gläubiger zwar auch bei Theilzahlungen, welche auf eine mit Pfandrechte versehene Forderung geleistet werden, Cession gewähren, dass indessen dem nicht bezahlten Theil seiner Forderung das Vorzugsrecht vor dem bezahlten und auf den Zahler übergegangenen Theile zustehen muss. Der Gläubiger ist berechtigt, Theilzahlungen anzunehmen, und er verbessert nach allgemeinen Grundsätzen dadurch seine Lage, denn dasselbe Pfandrecht dient zur Sicherung einer viel kleineren Forderung. Dieses Recht des Gläubigers darf nicht geschmälert werden, und deshalb rechtfertigt sich meines Erachtens die Ausnahme von der nach der strengen Consequenz anzunehmenden Regel, dass an sich allen Theilen der Kapitalforderung gleiche Pfand-Priorität zusteht.[1])

---

1) Der Fall kommt auch bei der Hypothek des Eigenthümers in Betracht, wenn man der Theorie des Obertribunals, dass der Eigenthümer zugleich die bezahlte Forderung mit erwerbe, beitritt. Das Obertribunal hat in diesem Falle

Nach dem gleichen Princip ist meines Erachtens auch dann zu entscheiden, wenn dem Gläubiger von mehreren, mit derselben Hypothek oder demselben Faustpfand gesicherten Forderungen nur eine Seitens eines Dritten bezahlt wird.

Damit hängt auch die Frage zusammen, ob der Gläubiger, welchem dasselbe Faustpfand für mehrere Forderungen verhaftet ist, dem Zahler der einen auch das Faustpfand herausgeben muss. Hier sind nach geschehener Abtretung mehrere Gläubiger an derselben Pfandsache vorhanden, vorausgesetzt, dass noch der Mitbesitz des dritten Zahlers hinzukommt. Das Letztere geschieht nun entweder, indem der Gläubiger für den Zahler, oder indem umgekehrt der Zahler für den bezahlten Gläubiger mitbesitzt. Dass der bezahlte Gläubiger dem Dritten die Pfandsache herausgebe, kann man von ihm nicht verlangen, und so muss der Gläubiger entweder selbst für den Zahler mitbesitzen, oder die Sache mit seiner Zustimmung bei einem Dritten hinterlegen, welcher dann sowohl für den bezahlten Gläubiger als den Zahler den Besitz ausübt.[1]) Dasselbe gilt auch bei einer Theilzahlung des Dritten. —

IV. Zur Beantwortung der Frage nach dem **Zeitpunkte**, in welchem die Cession, sei es der Vor- und Sicherungsrechte oder der Forderung selbst, erfolgen müsse, ist es nöthig, sich daran zu erinnern, dass das beneficium cedendarum actionum des gemeinen Rechts die Wurzel für

---

(Entscheid. Bd. VI, S. 127) dem bezahlten Theile die gleiche Priorität mit dem nicht bezahlten Theile zugesprochen. Vergl. über die Frage: Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. I, S. 753, No. 3.

1) Förster, Theorie und Praxis Bd. III, S. 408 hält beim Faustpfand das Vorkommen mehrerer Gläubiger an derselben Sache nach preussischem Rechte für unmöglich, weil nach §. 104, I. 20 des A. L. Rts. die verpfändete Sache in die körperliche Gewahrsame des Gläubigers wirklich gelangen und darin verbleiben müsse. Mit dieser Bestimmung hat indessen sicherlich nicht die Stellvertretung ausgeschlossen werden sollen, und es sind deshalb in §. 104 a. a. O. hinter den Worten „des Gläubigers“ die Worte „oder seines Stellvertreters“ zu ergänzen.

Vergl. Koch, Comment. z. A. L. Rt. I. 20, §. 104, Anm. 80 und Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. I, S. 789.

das landrechtliche Institut des Eintritts in die Rechte des Gläubigers bildet. Zwar nahm die frühere gemeinrechtliche Theorie gewöhnlich an, dass der Bürge, welcher sich nicht bei der Zahlung die Abtretung der Klagen des befriedigten Gläubigers wenigstens vorbehalten habe, derselben verlustig gehe; indessen waren gerade zur Zeit der Redaction des Allgemeinen Landrechts mehrere angesehene gemeinrechtliche Juristen der Meinung, dass eine nachträgliche Abtretung der Klagen wirksam sei, auch wenn die Zahlung des Bürgen ohne Vorbehalt erfolgte.[1])

Es ist in der That nicht einzusehen, weshalb man, nachdem einmal der Zahlung für gewisse Fälle ihr schuldtilgender Character genommen und ferner die Trennung der Vor- und Beirechte von der Forderung als zulässig angesehen worden ist, davor zurückschrecken soll, dass der befriedigte Gläubiger auch noch nach vorbehaltloser Zahlung die Vor- und Beirechte einer Forderung besitze. Denn daraus, dass das Gesetz den Uebergang der Forderung ohne Vor- und Beirechte auf den dritten Zahler zulässt, was im römischen Rechte beim Bürgen nicht der Fall war, folgt doch gewiss noch nicht, dass die Vor- und Beirechte mit dem Moment der Zahlung untergehen müssten. So streng ist die accessorische Natur des Pfandrechts im preussischen Recht gewiss nicht aufzufassen. Dieselbe setzt zwar voraus, dass eine zu sichernde Forderung überhaupt existirt, gewiss aber nicht, dass das Pfandrecht durchaus gleichzeitig mit der Forderung übergehen müsse. Vielmehr kann das Pfandrecht sogar von einer Forderung auf die andere übertragen werden, wie schon die Fälle der römisch-rechtlichen hypothekarischen Succession zeigen,[2]) ganz abgesehen davon,

---

1) Siehe den Nachweis bei von Diepenbroick-Grüter a. a. O. S. 6. Auch die beiden neuesten gemeinrechtlichen Hauptschriftsteller über Bürgschaft: Girtanner und Hasenbalg, haben sich für die Zulassung der nachträglichen Cession ohne vorangegangenen Vorbehalt entschieden. Vergl. Girtanner, die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht S. 537 und Hasenbalg, die Bürgschaft des gemeinen Rechts, S. 414 ff.

2) Windscheid, Pandecten Bd. I, S. 683 (III. Aufl.). Zachariae von Lingenthal (Handbuch des franz. Civilrechts Bd. II, S. 230, VI. Aufl.) nimmt

dass die Hypothek im preussischen Recht eine nahezu selbständige Existenz durch ihre äusserliche Erscheinung im Grundbuch erhalten hat. Freilich soweit darf man in dem vorliegenden Falle nicht gehen, dass man dem bezahlten Gläubiger das Recht zugesteht, die in seiner Hand zurückgebliebenen Vor- und Beirechte einem Andern, als dem Zahler abzutreten. Denn der Gläubiger hat Alles erhalten, was er fordern konnte. Deshalb ist ihm jede Verfügung über die noch in seiner Hand befindlichen Rechte versagt, und jede Verhandlung des Gläubigers mit dem Schuldner würde unvermögend sein, zerstörend auf die nur noch für den Zahler vorhandenen Beirechte einzuwirken. Der Zahler hat schon durch die Zahlung einen Titel für den Erwerb der Vor- und Beirechte und es bedarf nur noch des Modus der Erwerbung seinerseits.[1]) Der bezahlte Gläubiger besitzt deshalb die Vor- und Beirechte nur noch zu dem Zwecke und insoweit, dass er sie dem dritten Zahler auf dessen Verlangen abtreten muss.[2])

Aber dieser materiell beschränkte Besitz des Gläubigers ist auch noch zeitlicher Beschränkung unterworfen. Die Zahlung des Dritten ist nämlich nicht geignet, die Verjährung der bezahlten Forderung zu unterbrechen. Denn es ist nicht allen Endigungsarten der Forderung ihre Wirkung entzogen, sondern nur der Zahlung. Ferner soll die als fortbestehend fingirte Forderung nicht als eine neue soeben entstandene angesehen werden, so dass vom Moment der Zahlung des Dritten auch eine neue Verjährungsfrist liefe. Vielmehr ist daran festzuhalten, dass die Forderung nur als gerade so fortbestehend fingirt wird, wie sie sich bei dem bezahlten Gläubiger gestaltet hatte, also auch mit allen Einwendungen behaftet, welche dem Schuldner gegen den Gläubiger zustanden. Der Schuldner kann sich demgemäss auch gegen den Zahlungleister des Einwandes der Verjährung

---

für das französische Recht ganz allgemein die Möglichkeit an, dass Pfandrecht abgesondert von der Forderung zu cediren.

1) Darauf deutet auch der Ausspruch „sich bedienen" im §. 47, I. 16 des A. L. Rts. hin.

2) Striethorst, Archiv Bd. 40, S. 184, No. 45.

bedienen,[1]) woraus sich ergibt, dass ebenso der dritte Zahler die Abtretung der Vor- und Beirechte nur so lange fordern kann, als die Forderung noch nicht verjährt ist. Denn die Verjährung bewirkt nach preussischem Recht die Aufhebung der ganzen Forderung mit allen Vor- und Beirechten.[2])

Die Abtretung der Vor- und Beirechte kann also vom Gläubiger keinenfalls noch verlangt werden, wenn die Hauptforderung verjährt ist. Sie kann aber auch umgekehrt nicht so lange verlangt werden, als die Verjährung der Hauptforderung sich noch nicht vollendet hat. Denn wollte man dies annehmen, so würde der Zahler beziehentlich seine Erben, weil sie die Verjährung der Hauptforderung gegen den Schuldner immer unterbrechen können, vom Gläubiger beziehentlich dessen Erben, noch nach längeren Jahren die Abtretung verlangen können. Deshalb muss man sich dafür entscheiden, dass der Anspruch des Zahlers auf Cessionsleistung Seitens des Gläubigers insofern einer selbständigen Verjährung unterliegt, als der Gläubiger, die noch nicht erfolgte Verjährung vorausgesetzt, nur 30 Jahre lang, vom Zahlungstage an gerechnet, zur Abtretung der Vor- und Beirechte verpflichtet ist. Nach Ablauf dieser Zeit kann der dritte Zahler die Abtretung keinenfalls mehr fordern, wohl aber muss man dem Gläubiger das Recht zugestehen, auch noch nach dieser Zeit dem Zahler die Abtretung zu gewähren, wenn die Hauptforderung noch nicht verjährt oder sonst getilgt war. Denn durch die 30jährige Verjährung ist nur der Anspruch des Zahlers auf Abtretung der Vor- und Beirechte aufgehoben, keineswegs aber sind die Vor- und Beirechte selbst dadurch erloschen. Hierdurch leidet zwar die Verkehrssicherheit, indessen erscheint ein anderes Resultat, namentlich die Annahme, dass die Abtretung vor der

1) Erkenntniss des Obertribunals vom 24. Februar 1870 in Striethorsts Archiv Bd. 79, S. 56, No. 11.

2) A. L. Rt., Einleitung §. 107, I. 9; §. 501; §. 508 u. 509, I. 20; §. 55 ff., I. 14; §. 385. Die Hypothek ist der Verjährung entzogen (§. 57 des Ges. über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872). Der Gläubiger wird also, so lange die Hypothek nicht gelöscht ist, das Hypothekenrecht dem Zahler abtreten müssen.

Zahlung geschehen müsse, dem §. 443, I. 11 des Allgemeinen Landrechts gegenüber unmöglich. Denn aus diesem Paragraphen ergibt sich, dass noch lange nach der Zahlung die Cession vom bezahlten Gläubiger erzwungen werden kann.

Uebrigens darf man nicht soweit gehen, dem bezahlten Gläubiger auch die Sorge dafür aufzubürden, dass die Vor- und Beirechte bis zur Abtretung erhalten bleiben. Namentlich hat der Gläubiger nicht die Pflicht, Faustpfänder etc. aufzubewahren, bis der Zahlende die Abtretung verlangt. Vielmehr kann der Gläubiger fordern, dass der Zahler ihm sofort nach der Zahlung das Pfand etc. abnimmt. Weigert sich der Zahler, dies zu thun, so ist meines Erachtens der Gläubiger berechtigt, das Faustpfand an den Verpfänder zurückzugeben, jedoch nur unter dem im §. 253, I. 20 des Allgemeinen Landrechts enthaltenen Vorbehalt oder zu deponiren.[1])

Von dem Princip, dass der Zahler in die einer Forderung beiwohnenden Vor- und Beirechte ohne ausdrückliche Cession nicht eintrete, gibt es nun wieder Ausnahmen, welche der Vollständigkeit halber hier noch aufgezählt werden mögen.

Es gehören hierher folgende Fälle, in denen durch die Zahlung zugleich die Vor- und Beirechte mit der Forderung auf den dritten Zahler übergehen:

1. Wenn der Niessbraucher für den Eigenthümer Kapitalszahlungen geleistet hat.[2])

---

1) §. 253, I. 20 des A. L. Rts.: Wer sich des Besitzes der verpfändeten Sache freiwillig und ohne Vorbehalt entschlägt, der verliert sein Pfandrecht.

2) A. L. Rt. I. 20, §. 79. In diesem §. ist allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochen, dass die Vor- und Beirechte ohne Cession mit übergehen sollen. Es ist vielmehr nur gesagt, dass der Niessbraucher die Rechte des befriedigten Gläubigers erlangen solle, und für den Erwerb der Vor- und Beirechte eine ausdrückliche Cession nicht verlangt. Indessen würde die Bestimmung des fraglichen Paragraphen durchaus überflüssig sein, wenn der Niessbraucher nur diejenigen Rechte haben sollte, welche dem zahlenden Dritten nach §. 46, I. 16 des A. L. Rts. zustehen. Siehe hierüber Koch, Uebergang der Forderungsrechte S. 153 und Commentar zu §. 79, I. 21 des A. L. Rts Anm. 52, ferner Förster, Theorie und Praxis Bd. I, S. 618.

2. Wenn der Eigenthümer des Pfandes durch baare Zahlung dasselbe eingelöst hat, so tritt er insoweit in alle Rechte des Gläubigers gegen den Verpfänder.[1])
3. Wenn Jemand nach der Concurseröffnung die Forderung eines Gläubigers ganz oder zum Theil bezahlt hat, so geht auf ihn die Forderung mit ihren Vor- und Beirechten über.[2])
4. Wenn der Spediteur oder Frachtführer ihre Vormänner wegen ihrer Forderungen an den Destinatär befriedigt haben.[3])

Das Eintrittsrecht des Bürgen, welcher ebenfalls zugleich mit der Befriedigung des Gläubigers die Vor- und Sicherungsrechte erwirbt,[4]) gehört nicht hierher, weil der Bürge nicht zahlender Dritter ist, sondern innerhalb der von ihm zu tilgenden Obligation steht. —

§. 3.

Das Verhältniss der Ersatzforderung des Dritten zu der auf ihn übertragenen Forderung des befriedigten Gläubigers.

Als Erforderniss für den Eintritt in die Rechte des bezahlten Gläubigers hatte sich das Vorhandensein eines durch die Zahlung erzeugten Ersatzanspruches des dritten

---

1) A. L. Rt. I. 20, §. 83.

2) §. 11 der Concursordnung vom 8. Mai 1855 gilt nicht nur für Zahlungen, sondern wenn Jemand überhaupt die Forderung eines Gläubigers nach der Concurseröffnung befriedigt. Die Bestimmung gilt auch noch nach der Reichs-Concursordnung (Gesetzeskraft spätestens mit dem 1. October 1879). Dies folgt meines Erachtens aus §. 20 der Reichs-Concursordnung, nach welchem die Landesgesetze rücksichtlich einiger in den §§. 16—19 der Reichs-Concursordnung nicht berührten Rechtsverhältnisse insoweit zur Anwendung kommen, als in ihnen besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Concursverfahrens enthalten sind. Uebrigens kann der Frage eine practische Bedeutung kaum beigelegt werden, da gewiss in den allerseltensten Fällen ein Dritter nach Eröffnung des Concurses einen Concursgläubiger bezahlen wird. Vergl. auch Motive zum Entwurf §. 12, S. 57.

3) Art. 382 al. 4 und art. 410 al. 2 u. 3 des D. H. G. Bs.

4) §. 338, I. 14 des A. L. Rts.

Zahlers gegen den Schuldner herausgestellt. Wo aber ein Ersatzanspruch begründet ist, da muss auch ein Rechtsmittel zur Geltendmachung desselben vorhanden sein, denn klaglose Rechte sind dem preussischen Recht fremd.

Nach allgemeinen Grundsätzen kann der Ersatzanspruch des Zahlers mit verschiedenen Klagen durchgefochten werden; welche im einzelnen Falle Anwendung findet, das ist nach dem zwischen dem Zahler und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältniss zu beurtheilen. War der dritte Zahler vom Schuldner mit der Zahlung beauftragt, so hat er zur Wiedererlangung der behufs Ausführung des Auftrages gemachten Aufwendungen die umgewandte Klage aus dem Vollmachtsauftrage. Hat der dritte Zahler ohne Auftrag gezahlt, so wird es darauf ankommen, ob seine Zahlung die Merkmale der auftragslosen Geschäftsführung an sich trägt oder nicht. In dem ersteren Falle hat der Zahler gegen den Schuldner die actio negotiorum gestorum contraria, in dem letzteren Falle wird ihm in der Regel die Klage aus der nützlichen Verwendung beziehentlich Bereicherung zustehen.

Zugleich soll nun aber der Zahler, wie aus Suarez's Aeusserungen sich ergibt,[1]) die als fortbestehend fingirte Forderung des befriedigten Gläubigers selbst erwerben. Der Erwerb der Forderung des befriedigten Gläubigers durch den Zahler hebt also keineswegs den Ersatzanspruch des letzteren gegen den Schuldner auf. Insbesondere tritt nicht ein ähnliches Rechtsverhältniss ein, wie bei der erzwungenen Cession,[2]) wenn sich ein Gläubiger im Wege der Execution eine Forderung seines Schuldners übereignen lässt; denn eine solche Uebereignung wirkt als Angabe an Zahlungsstatt, im vorliegenden Falle aber hat der Dritte Zahler beide Forderungen zugleich, sowohl die Ersatzforderung als auch die Forderung des befriedigten Gläubigers; er ist nicht

---

1) Siehe auch von Dipenbroick-Grüter a. a. O. S. 5. Auch der Anspruch auf Gewährleistung kann mit den Rechten aus §. 46 a. a. O. concurriren. Siehe hierüber Erkenntniss des Obertribunals vom 27. April 1860, Striethorst, Archiv Bd. 37, S. 209, No. 55.

2) Gesetz vom 4. Juli 1822.

verpflichtet, die letztere zuerst einzuklagen, vielmehr steht es ihm frei, die eine oder die andere einzuziehen.

Wenn nun aber auch die beiden Forderungen in der Hand des Zahlers neben einander bestehen, so muss doch daran festgehalten werden, dass diese Vereinigung zu dem Zwecke stattgefunden hat, um dem Zahler die Durchführung seiner Ersatzansprüche gegen den Schuldner zu erleichtern. Sind also auch die beiden Forderungen aus ungleichen Gründen entstanden, und ist auch ihr materieller Gegenstand verschieden, so haben sie doch einen „gemeinschaftlichen juristischen Gegenstand oder Zweck.“ Aus dieser Gemeinschaftlichkeit ergibt sich, dass die eine Forderung wirkungslos wird, wenn mit der aus der anderen entspringenden Klage der gemeinschaftliche Zweck erreicht wurde. Hierzu führt auch der fernere Gesichtspunkt, dass die Lage des Schuldners durch den Eintritt des Zahlers in die Rechte des befriedigten Gläubigers nicht schlechter werden darf, als sie ohnediess sein würde. Der Schuldner darf unter keinen Umständen in die Lage kommen, zweimal zahlen zu müssen.

Deshalb müssen die beiden Forderungen für in der Weise von einander abhängig erklärt werden, dass durch die Erfüllung der einen Forderung die andere erlischt. Dabei ist es übrigens gleichgültig, ob die Erfüllung durch Baarzahlung erfolgt oder nicht. Denn Angabe an Zahlungsstatt, Compensation, Vergleich müssen mit der Zahlung gleiche Wirkung haben. Auch vom Erlass gilt unter Umständen ein Gleiches, jedoch nicht unbedingt. Vielmehr wird es hier darauf ankommen, ob beide Forderungen sich noch in der Hand des Zahlers befinden oder nicht. Ist das erstere der Fall, so kann aus dem Erlass der einen Forderung natürlich nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, dass der Zahler seinen Ersatzanspruch überhaupt nicht geltend machen wolle, so wenig, wie aus dem Verzicht auf den Eintritt. Sind indessen beide Forderungen in verschiedenen Händen, so muss von dem Erlasse das Gleiche gelten, wie von jeder andern Ausübung der Forderung, z. B. durch Beitreibung derselben.

Ob dagegen die eine Forderung durch Verjährung aufgehoben wird, z. B. die Forderung des befriedigten Gläubigers durch die kurze Verjährung nach dem Gesetz vom 31. März 1838, ist für die Fortdauer der anderen Forderung an sich einflusslos. Denn das Gesetz gibt dem dritten Zahler die Rechte des befriedigten Gläubigers, um ihm die Durchführung seiner Ersatzansprüche gegen den Schuldner zu erleichtern.[1]) Es würde aber gerade das Gegentheil erreicht werden, wenn die kurze Verjährung der Forderung des Gläubigers die Regressforderung des Zahlers überhaupt aufheben sollte. Umgekehrt findet aber wegen der Gemeinschaftlichkeit des Endzwecks auch der §. 572, I, 9 des Allgemeinen Landrechts, welchen man dahin versteht, dass durch die Geltendmachung eines Klageanspruchs die Verjährung concurrirender Klagen desselben Berechtigten unterbrochen wird, falls die mehreren Klagen nur verschiedene Mittel zur Erreichung desselben praktischen Endzwecks bilden, auf den vorliegenden Fall Anwendung.[2])

Selbstverständlich bewirkt die Erfüllung des einen Anspruchs zugleich die Tilgung des andern nur dann, wenn beide Forderungen von gleicher Höhe waren. Dies wird dann nicht der Fall sein, wenn der Zahler entweder als Mandatar oder als negotiorum gestor des Schuldners noch besondere Unkosten bei der Zahlung gehabt hatte. In solchem Falle kann natürlich der Zahler, wenn ihm die Forderung des befriedigten Gläubigers bezahlt ist, den überschiessenden Betrag noch mit der actio mandati, beziehentlich negotiorum gestorum contraria geltend machen.

Dieselben Grundsätze müssen im Grossen und Ganzen auch dann gelten, wenn der Zahler die Forderungen abgesondert cedirt hat, doch kann hier die Sachlage schon verwickelter werden. Um dies zu vermeiden, möchte man vielleicht die Abtretung der einen Forderung ohne die andere für unmöglich erklären, wie dies neuerdings im Gesetz über

1) Die Lage des Schuldners darf aber andererseits auch nicht verschlechtert werden. Vergl. darüber oben S. 31 und 32.

2) So Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. I, S. 344.

den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung von Grundstücken,[1]) bezüglich der Hypothek und der mit ihr verknüpften persönlichen Forderung geschehen ist; indessen ist dies schon um deswillen nicht möglich, weil die beiden Forderungen nicht nothwendiger Weise von gleicher Höhe sind. Auch verstösst die abgesonderte Abtretung der beiden Forderungen nicht gegen den Grundsatz, dass der Zahler durch den Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers keinen Gewinn erzielen dürfe. Denn obwohl der Zahler die beiden Forderungen, jede abgesondert von der andern, gegen ein zwiefaches Entgelt abtreten kann, so ist der dadurch erzielte Gewinn doch nur von vorübergehender Dauer; denn der Zahler ist als Cedent seinen Cessionarien zur Gewährleistung verpflichtet, und deshalb wird er über kurz oder lang die eine der erhaltenen Valuten wieder herausgeben müssen. Welche, — das hängt davon ab, welche der beiden Forderungen von dem Schuldner honorirt wurde.[2])

Dabei kommt die praktisch besonders wichtige Frage in Betracht, wie lange der Schuldner noch an den Dritten zu zahlen befugt sei?

Es ist hierbei davon auszugehen, dass der Zahler die eine Forderung abgetreten hat und nun die andere gegen den Schuldner geltend macht. Wenn auch diese Cession der einen Forderung an sich noch nicht tilgend auf die andere wirkt, so kommt doch auch hier in Betracht, dass beide Forderungen nur zur Erreichung desselben juristischen Gegenstandes und Zweckes vorhanden sind. Hat nun der Zahler die eine Forderung cedirt, so hat er sich damit vorläufig[3]) des Rechts, noch von der andern Gebrauch zu machen, begeben, jedoch mit Ausnahme des die Höhe der abgetretenen Forderung überschiessenden Theils der nicht abgetretenen. Dieser Umstand bewirkt zwischen der zuerst abgetretenen und der zurückbehaltenen Forderung ein ähnliches Verhältniss, wie es dann vorliegt, wenn ein Gläubiger

---

1) §. 52 des Ges. vom 5. Mai 1872.

2) Eine Ausnahme bilden Hypothekenforderungen.

3) Ob für immer hängt von dem Ausfall der Klage ab.

seine an einen Andern abgetretene Forderung gleichwohl noch gegen den Schuldner geltend macht. Wie hier, so kann auch in unserm Falle der Schuldner noch gültig an den die zurückbehaltene Forderung geltend machenden Zahler leisten, wenn er von der Cession der andern Forderung keine Kunde hatte. Aber selbst wenn er davon Kunde hatte, wird er sich noch unter Umständen durch die an den Zahler geleistete Zahlung befreien können. Denn seine Kenntniss von der Cession muss eine sichere sein, die geschehene Cession muss ihm „gehörig bekannt gemacht" sein, sonst sind alle zwischen ihm und dem Zahler vorgefallenen Verhandlungen zu seinen Gunsten gültig, er müsste denn doloser Weise, um sich mit dem Schaden des Cessionars der zuerst abgetretenen Forderung zu bereichern, mit dem Zahler verhandelt haben. Dagegen ist er auch vor der gehörigen Mittheilung der Cession an den Zahler und Cedenten zu zahlen, nicht verpflichtet, auch wenn ihm die Cession anderweit bekannt geworden war.[1])

Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Zahler die ursprünglich zurückbehaltene Forderung weiter cedirt hat. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Schuldner sehr oft nicht wissen wird, welche Forderung zuerst abgetreten wurde, und dass also der Schuldner sich auch durch die Bezahlung der zuletzt abgetretenen Forderung befreien muss, wenn er über den Zeitpunkt der Cession in Unkenntniss war.

Dieses Resultat ergibt sich schon aus den Regeln über Klagenconcurrenz, welche bis jetzt von Savigny[2]) am besten entwickelt hat und die für das preussische Recht, welchem Bestimmungen über die Klagenconcurrenz fremd sind, aus dem gemeinen ergänzt werden müssen,[3]) da auch im

1) §. 413, I. 11 des A. L..Rts. Vergl. Koch, Comment. Anm. 45, Abs. 4 zu §. 413 a. a. O. und Baehr in Gerbers und Iherings Jahrbüchern Bd. I, S. 416 ff. Striethorst, Archiv Bd. 25, S. 28, No. 8.

2) von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. V, S. 205 ff.

3) Förster, Theorie und Praxis Bd. I, S. 238 und Förster, Klage und Einrede S. 207 ff.

preussischen Recht der Grundsatz: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur,[1]) Geltung haben muss.

Hierzu kommt noch Folgendes, was neuestens bei der Cession mehr und mehr festgestellt ist, dass nämlich der Cessionar nicht anders vom Schuldner Zahlung verlangen kann, als indem er ihn sicher stellt, nicht noch einmal vom Cedenten belangt zu werden. Es ist das Verdienst Baehrs diesen Grundsatz zuerst zur Geltung gebracht zu haben, und man wird meines Erachtens ihn auch für das preussische Recht verwerthen müssen.[2]) Denn er folgt aus der obersten Regel auch der preussischen Cessionslehre, dass nämlich die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung der Forderung niemals erschwert werden dürfe.[3]) Wenn also, wie im vorliegenden Falle, der Schuldner besorgen muss, dass nach der Zahlung der Forderung des befriedigten Gläubigers an den Cessionar des Zahlers noch der Zahler oder dessen Cessionar die aus der Zahlung entspringende Ersatzforderung geltend machen werden, so ist der Schuldner jedenfalls berechtigt, entweder, wie im Falle des §. 410, I, 11 des Allgemeinen Landrechts Kaution zu verlangen oder zu deponiren.

Besondere Bedeutung hat übrigens der fragliche Grundsatz nur für den Fall, dass der Schuldner die aus der Zahlung entspringende Ersatzforderung berichtigt, und die Forderung des befriedigten Gläubigers mit Pfandrechten versehen war. Denn bezahlt der Schuldner umgekehrt zuerst die mit Pfandrechten versehene Forderung des befriedigten

---

1) l. 57. D. de neg. jur. 50. 17. Die fragliche, dem Cessionar des Zahlers entgegenzusetzende Einrede des Schuldners würde nach römischen Recht selbst dann sehr wohl als exceptio doli bezeichnet werden können, wenn der Zahler bereits vor Anstellung seiner Ersatzklage die Forderung des befriedigten Gläubigers abgetreten hatte. Denn obwohl der Zahler nicht dolos handelte, als er die Forderung des befriedigten Gläubigers abtrat, sondern erst da, als er trotz der Abtretung seine Ersatzforderung geltend machte, so ist es doch dolus praesens, dass der Cessionar zum zweiten Male fordert, was der Cedent bereits bekommen hat. l. 2, §. 5. D. de dol excep. 44, 4.

2) Baehr a. a. O. S. 445 ff.

3) §. 408, I. 11 des A. L. Rts. Vergl. auch §. 410, I. 11.

Gläubigers, so muss er entweder löschungsfähige Quittung oder das Faustpfand zurück erhalten, und der späteren Ersatzforderung setzt er den Einwand der Zahlung entgegen.

Tritt aber der Zahler mit seiner aus der Zahlung entstandenen Ersatzforderung auf, so kann der Schuldner, wenn er ohne Weiteres zahlt, sehr leicht in die Lage kommen, noch einmal zahlen zu müssen. Denn seine Zahlung kann auf die Forderung des befriedigten Gläubigers, falls dieselbe im Grundbuch eingetragen ist, nicht tilgend wirken, und wenn der Schuldner auch jedenfalls dem mit der Klage des befriedigten Gläubigers nochmals vorgehenden Zahler die exceptio doli entgegensetzen kann,[1]) so greift doch diese Einrede bei Hypothekenforderungen dem gutgläubigen Cessionar gegenüber nicht Platz.[2]) In solchem Falle wird also der Schuldner bei Berichtigung der Ersatzforderung an den Zahler löschungsfähige Quittung verlangen können, vorausgesetzt natürlich, dass gemäss §. 47, I, 16 beziehentlich §. 442, I, 11 des Allgemeinen Landrechts Cession ertheilt war.

Die dabei sich ergebende Frage, ob der Schuldner die Seitens des Zahlers erwirkte Cession, oder ob der Zahler das Gegentheil zu beweisen habe, ist meines Erachtens folgendermassen zu beantworten:

Da der Zahler einen Ersatzanspruch aus der Zahlung geltend macht, behauptet er zugleich Erfüllung der Voraussetzungen für seinen Eintritt in die Rechte des Gläubigers, deren Abtretung zu verlangen er das Recht hatte. Dass aber Jemand von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, wird nicht vermuthet. Deshalb hat der Zahler in solchem Falle den Nachweis, dass er sich Abtretung nicht habe leisten lassen, zu führen. Er kann aber auch anstatt dessen auf ein zwischen ihm und dem Schuldner bestehendes Ver-

---

1) Die exceptio doli ist zwar nirgends mit entschiedenen Worten im preussichen Recht anerkannt, dennoch ist man über die Nothwendigkeit derselben einig. Förster, Klage und Einrede S. 360 ff. Dernburg, Preuss. Privatrecht S. 247, Anm. 3. Striethorst, Bd. XVI, S. 160 a. E. und Bd. LXI, S. 325.

2) §. 38 des Ges. v. 5, Mai 1872, vergl. auch §. 57 desselben Gesetzes.

tragsverhältniss, welches seinen Eintritt in die Rechte des Gläubigers nicht gestattete, sich berufen. Thut er das letztere, so muss nun der Schuldner nachweisen, dass der Zahler trotzdem Abtretung sich habe leisten lassen. Denn in dieser Abtretung würde eine Treulosigkeit des Zahlers liegen und diese muss der Schuldner beweisen.

Ebenso gestaltet sich die Sache dem Cessionar des Zahlers gegenüber, welcher die Ersatzforderung geltend macht, bevor die Forderung des befriedigten Gläubigers eingeklagt war, gemäss dem Satze, dass Niemand mehr Recht auf einen Andern übertragen könne, als er selbst besass.[1])

Dieselben Grundsätze werden übrigens auch dann zur Anwendung kommen müssen, wenn für die Forderung des befriedigten Gläubigers ein Faustpfand bestellt war. Hier wirkt zwar die Erfüllung der Ersatzforderung auf die Forderung des befriedigten Gläubigers tilgend, indessen würde sich auch hier die Lage des Schuldners verschlechtern, wenn er zahlen müsste, ohne dass ihm sein Pfand, welches er später vielleicht nur mit weiteren Kosten wiedererlangen kann, zurückgegeben wird. —

Die Frage nach der processualischen Behandlung der aus der Ersatzforderung des Zahlers und der Forderung des befriedigten Gläubigers entspringenden Klagen ist namentlich dann von Interesse, wenn beide Forderungen in derselben Hand vereinigt sind. Hier wird der Richter öfters im Zweifel sein, welche Klage der Zahler, welcher vollkommen freie Wahl hat, anstellt. Denn die Substantiirung der beiden Klagen stimmt in vielen Fällen gänzlich überein. Wer z. B. die Darlehnsforderung eines Andern bezahlte, der braucht zur Begründung seiner Regressklage gegen den Schuldner nur die Existenz der Darlehnsforderung und die von ihm bewirkte Zahlung nachzuweisen. Sache des Schuldners ist es dann, Einwendungen zu machen, aus denen der Erstattungsanspruch des Zahlers hinfällig erscheint. Auf dieselben Thatsachen beschränkt sich aber auch die Begründung der

1) §. 101 der Einleitung zum A. L. Rt.

Darlehnsklage, denn mit der Zahlung ist die Vermuthnng für den Uebergang der Darlehnsforderung auf den Zahler begründet. Höchstens könnte man aus dem Klageantrage schliessen, welche Klage der Zahler anstellt, aber dies braucht nicht der Fall zu sein. Denn so wenig der Richter einen Darlehnskläger abweisen wird, weil derselbe z. B. seinen Antrag nicht auf Rückzahlung des Darlehns im Betrage von 100 Mark, sondern einfach auf Zahlung von 100 Mark gerichtet hat, ebensowenig ist es erlaubt, aus dem in der letzteren Weise formulirten Antrage des Zahlers einer Darlehnsforderung zu schliessen, er stelle nicht die erworbene Darlehnsklage des befriedigten Gläubigers, sondern seine Regressklage an. Der Richter hat vielmehr in solchem Falle anzunehmen, der Zahler stelle die ihm günstigste Klage an.[1]) Hat also der Dritte eine der kurzen Verjährung unterliegende Forderung bezahlt und sich bei der Klageanstellung auf die Erzählung des äussern Herganges beschränkt, so kann er den Einwand der Verjährung noch mit der Replik, dass er die Zahlung im Auftrage des Schuldners vorgenommen habe, abwehren.

In vielen Fällen aber wird es sofort ersichtlich sein, welche Forderung der Zahler geltend macht. Dies ist selbstverständlich, wenn der Zahler Vor- oder Beirechte der bezahlten Forderung in Anspruch nimmt. Denn dann muss er sich auf eine ausdrückliche Cession stützen. Aber auch ohne dies kann theils aus dem Gerichtsstande, theils aus der Processart, sofort erkannt werden, welche Forderung in lite ist. Denn der Zahler muss seine Regressklage im Wege des gewöhnlichen Prozesses verfolgen und im gewöhnlichen Gerichtsstande des Verklagten. Klagt er also in einer andern Processart und in einem andern Gerichtsstande und war die bezahlte Forderung für die besondere Processart und den besondern Gerichtsstand geeignet,[2]) so wird man

1) Vergl. v. Diesterbroick-Grüter a. a. O. S. 8.

2) z. B. der Zahler hat eine Gebührenforderung eines Anwaltes oder eine Nachlassforderung bezahlt und klagt nun im Mandatsprocess oder in foro hereditatis.

annehmen können, der Zahler mache die im Wege der nothwendigen Cession erworbene Forderung geltend und es kann dann natürlich von einer im Uebrigen erlaubten Cumulation der beiden aus den verschiedenen Forderungsrechten entspringenden Klagen keine Rede sein.

Wird der Zahler mit der im Wege der nothwendigen Cession erworbenen Klage abgewiesen, so kommt es für die weitere Frage, ob er nun noch seine Erstattungsforderung geltend machen könne, auf die Gründe an, aus denen die Abweisung erfolgte und auf das Rechtsverhältniss, in welchem der Zahler zu dem Schuldner stand. Wurde der Kläger mit seiner Klage aus processualischen Gründen abgewiesen, so wird dadurch für die Regel seinem Erstattungsanspruch nicht präjudicirt. Wird er dagegen abgewiesen, weil der Geltendmachung der Forderung persönliche Einreden entgegenstanden, so wird dem Zahler auch die Durchführung seines Ersatzanspruches unmöglich gemacht sein, er müsste denn im Auftrage des Schuldners gezahlt haben. —

Schlussbemerkungen.

Nachdem nunmehr die Lehre von dem Eintritt in die Rechte des Gläubigers gemäss §. 46, I. 16 ff. des Allgemeinen Landrechts näher erörtert ist, wird es ein Leichtes sein, die Frage zu beantworten, ob diese Bestimmungen der extensiven Interpretation fähig sind. Die Frage wird mit dem Obertribunal[1]) zu verneinen sein, obwohl im Uebrigen die Bestimmungen des 16. Titels auch auf andere als Geldschulden ausgedehnt werden können und müssen. Denn die Bestimmung des §. 46 a. a. O. ist durchaus anomaler und singulärer Natur, sie enthält, wie gezeigt wurde, die Fiction des Fortbestehens einer Forderung, welche nach allgemeinen Grundsätzen getilgt ist, und ist eben darum unerstreckbar.

Demgemäss setzt die Anwendbarkeit der §§. 46, I. 16 ff. des Allgemeinen Landrechts einerseits voraus, dass eine Geldschuld getilgt wurde, dass also gemäss §. 28 und 29, I. 16

---

1) Striethorst, Archiv, Bd. XII, S. 267.

des Allgemeinen Landrechts Geld oder geldgleiche Inhaberpapiere in obligatione waren, und dass auch der Dritte diese Forderung durch die entsprechenden Mittel tilgte. Es kann also weder dadurch, dass der Dritte mit einer ihm an den Gläubiger zustehenden Forderung gegen die Forderung des Gläubigers an den Schuldner compensirt, noch dadurch, dass er dieselbe durch einen Vergleich mit dem Gläubiger tilgt, die Forderung auf den Dritten übertragen werden. Wurde dieser Vergleich indessen in der Weise geschlossen, dass der Gläubiger sich mit einer geringeren Summe für abgefunden erklärt, so erwirbt der Zahler, soweit er bei einem derartigen Vergleiche wirklich gezahlt hat, unter den nöthigen Voraussetzungen die Forderung. Die vergleichsweise Zahlung einer geringern Summe hat hier für den Zahler denselben Effect wie eine Theilzahlung. Anders liegt natürlich der Fall, wenn der Zahler eine Theilzahlung leistete, und ihm die ganze Forderung vom Gläubiger abgetreten wurde, um ihn zu beschenken. Hier müssen bezüglich seiner Theilzahlungen die Grundsätze über nothwendige, bezüglich des mit abgetretenen Ueberrestes aber die über freiwillige Cession gelten. Dagegen überträgt ein Erlass, den der Gläubiger ausspricht, um den Dritten zu beschenken, die Forderung auf den Letzteren nicht, weil der §. 46 Zahlung voraussetzt. Ja selbst eine nachträgliche Abtretung kann hier nur unter dem Gesichtspunct einer schenkungshalber freiwillig erfolgten Cession in Betracht kommen.

Ebenso wenig kann einer Angabe an Zahlungsstatt die Wirkung der Zahlung beigelegt werden. Davon gibt es jedoch wegen der Definition des Allgemeinen Landrechts von der Geldschuld [1]) eine Ausnahme.

Es fragt sich nämlich, ob auch dann eine Zahlung vorliege, wenn für eine auf baares Geld gerichtete Forderung Inhaberpapiere gegeben wurden. Das Obertribunal hat dies in zwei Erkenntnissen bejaht. [2]) Indessen diese Entschei-

1) Geld oder geldgleiche Papiere auf den Inhaber.

2) Erkenntniss vom 10. October 1861, in welchem Tilgung einer Geldschuld durch ausländische Banknoten für eine Zahlung erklärt wird (Striethorst,

dungen verletzen den §. 11, I. 16 des Allgemeinen Landrechts, nach welchem eine andere Sache oder Handlung, als zu welcher der Verpflichtete eigentlich verbunden war, von Seiten des Berechtigten weder gefordert, noch demselben aufgedrängt werden kann. Dieser Paragraph eröffnet die Reihe der unter der allgemeinen Ueberschrift „von Erfüllung der Verbindlichkeiten überhaupt“ rubricirten Gesetzesbestimmungen. Daran schliesst sich der bereits bekannte §. 28 mit der Definition der Zahlung als der Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners durch Geld oder geldgleiche Inhaberpapiere. Die Zahlung ist also nur eine besondere Art der Erfüllung der Verbindlichkeiten und muss deshalb auch der allgemeinen Regel des §. 11, I. 16 des Allgemeinen Landrechts unterworfen sein, woraus sich ergibt, dass die Hingabe von Geldpapieren zur Tilgung einer Verbindlichkeit nur dann eine Zahlung ist, wenn auch die Forderung des Gläubigers auf Geldpapiere gerichtet war.[1])

Der Eintritt in die Rechte des Gläubigers kann also in der That, jedoch nur innerhalb der Grenzen des §. 28, I. 16 des A. L. Rts., auch durch Angabe an Zahlungsstatt bewirkt werden.

Umgekehrt wird man aber auch annehmen müssen, dass der Zahler, welcher mit Willen des Gläubigers auf eine Forderung von Inhaberpapieren baares Geld zahlt, hierdurch die Forderung erwirbt. Klagt er hierauf ex jure cesso gegen

---

Archiv Bd. 44, S. 8), und Erkenntniss vom 1. Mai 1866, welches sich dahin ausspricht, dass Zahlungen in Pfandbriefen eigentliche Zahlungen seien (Striethorst, Bd. 62, S. 324).

1) Vergl. hierüber: Voigtel, „Das Geld und die Geldpapiere als Tilgungsmittel der Geldobligation“ in Hinschius's Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen Bd. I, S. 453, wo auch über den Begriff der geldgleichen auf jeden Inhaber lautenden Papiere nachzulesen ist.

Gruchot, Zahlung S. 76 ff. ist der Ansicht, dass es sich in §. 28 um einen Sprachgebrauch des bürgerlichen Lebens handle und diesem Sprachgebrauch gemäss sei auch die Zahlung definirt — Mag auch die Hingabe der Inhaberpapiere statt barer Zahlung nach dem Sprachgebrauch des Landrechts Zahlung sein, begrifflich ist sie jedenfalls Angabe an Zahlungsstatt. Siehe hierüber auch Förster, Theorie und Praxis Bd I, S. 554; Koch, Recht der Forderungen Bd, II, S. 612.

den Schuldner, so kann dieser sich durch Zahlung der aufgewendeten Geldsumme befreien. Es sind hier Inhaberpapiere in obligatione, Geld aber in solutione.

Noch mag eine scheinbare Ausnahme erwähnt werden, welche dann vorliegt, wenn der Dritte die geschuldete Summe deponirt. Die Deposition ist, soweit sie hier in Betracht kommt, lediglich Surrogat der Zahlung.[1]) Sie erfolgt entweder, weil der Gläubiger grundlos die Annahme der Zahlung verweigert, oder weil in seiner Person sonstige Hindernisse vorliegen, welche es dem Schuldner unmöglich machen, mit Sicherheit an ihn zu zahlen.[2]) Sie bietet ein Auskunftsmittel dar, ohne welches es dem Schuldner ohne sein Verschulden in vielen Fällen unmöglich wäre, sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Dieses Auskunftsmittel auch dem Dritten zu gestatten, ist unbedenklich und liegt in der Consequenz des §. 49, I. 16, nach welchem der Gläubiger dann Zahlung von dem Dritten annehmen muss, wenn er die des Schuldners nicht ablehnen könnte.[3]) Kann aber der Dritte durch das Auskunftsmittel der Deposition zahlen, so muss er auch die dem zahlenden Dritten nach §. 46 a. a. O. zustehenden Rechte haben. —

Zum Schluss ergibt eine kurze Vergleichung des beneficium cedendarum actionum des gemeinen Rechts mit dem preussischrechtlichen Institut des Eintritts in die Rechte des Gläubigers folgendes Resultat:

Gemeinsam ist beiden Instituten der Zweck, nämlich dem Zahler die Durchführung seiner Ersatzansprüche gegen den befreiten Schuldner zu erleichtern. Zu diesem Zwecke wurde die durch die Zahlung eigentlich getilgte Forderung als fortbestehend fingirt. Während aber das römische Recht dem Zahler in allen Fällen nur einen Anspruch auf Abtretung der Forderung gibt, lässt das Allgemeine Landrecht für die Regel die Forderung bereits durch die Zahlung übergehen, und verlangt nur dann, wo Vor- und Beirechte der

---

1) Dr. Bornemann, Zur Lehre von der Deposition nach preussischem Recht (in der preussischen Gerichtszeitung 1859, No. 37—39).

2) §. 215, I. 16 des A. L. Rts.

3) Gruchot, Zahlung S. 26 unten.

Forderung beiwohnen, zum Uebergange der Vor- und Beirechte ausdrücklich Cession, — eine kaum zu rechtfertigende Unterscheidung.

Ferner ist das Gebiet für die Anwendung des preussischrechtlichen Instituts einerseits insofern ausgedehnter, als es sich auf alle Fälle der freiwilligen Zahlung eines Dritten erstreckt, während das beneficium cedendarum actionum voraussetzt, dass der Zahler selbst verpflichtet war, die Zahlung zu leisten, wenngleich die Schuld eine materiell ihm fremde war.

Das beneficium cedendarum actionum ist andererseits wieder insofern umfassender, als es sich auf jede Art Forderungen bezieht, welche nicht einen höchst persönlichen Character tragen, während der Eintritt in die Rechte des Zahlers auf die Berichtigung von Geldschulden durch die gleichen Tilgungsmittel beschränkt ist.[1])

Man wird diese Erweiterung des beneficium cedendarum actionum des gemeinen Rechts schwerlich als eine glückliche Idee von Suarez bezeichnen können, denn es ist durch dieselbe nur Unklarheit und Verwirrung in das preussische Recht hineingetragen worden[2]) und ist fast unmöglich, das Institut praktisch durchzuführen, ohne dass entweder eine Verletzung der Rechte des Gläubigers oder des Schuldners vorkäme.

---

1) Das Eintrittsrecht des Bürgen, für welches im Allgemeinen die gemeinrechtlichen Grundsätze gelten, nur dass in allen Fällen ohne ausdrückliche Cession die Forderung mit ihren Vor- und Beirechten durch die Leistung des Bürgen übergeht, scheidet aus. §. 338, I. 14 des A. L. Rts.

2) Vergl. hierüber Koch, Comment. I. 16, §. 46, Anm. 13 und Gruchot, Zahlung S. 31 oben.



Druck der Heynemann'schen Buchdruckerei in Halle.
(J. Fricke & F. Beyer.)

